

Die Grundschild als Sicherungsmittel

**Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts - und Staatswissenschaftliche Fakultät
der
Westfälischen Wilhelms - Universität**

vorgelegt von

Helmut Seckelmann

aus Hamm/Westf.

1962

Die Grundschild als Sicherungsmittel

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität

vorgelegt von
Helmut Seckelmann
aus Hamm/Westf.

1962

1. Berichterstatter: Prof. Dr. K a s e r

2. Berichterstatter: Prof. Dr. N ö r r

Dekan: Prof. Dr. L u k e s

Tag der mündlichen

Prüfung: 20. Januar 1962



INHALTSÜBERSICHT

	Seite
<u>Abschnitt 1: Einleitung</u>	1
<u>Abschnitt 2: Geschichte der Grundschild und ihre Verwendung im heutigen Rechtsleben</u>	4
I. Geschichte der Grundschild	4
A. Vorbemerkung: Wesen der Grundschild des BGB	4
B. Entwicklung im römischen Recht	5
C. Entwicklung im deutschen Recht	6
1) Das in Hamburg und Lübeck geltende Recht	7
a) Ältere Satzung	7
b) Neuere Satzung	8
c) Rentenkauf	10
d) Die "Hypothek" des hamburgischen und lübischen Rechts	10
2) Das in Mecklenburg geltende Recht	13
a) Die "Hypothek" des mecklenburgischen Rechts	13
b) Die Hypothek des gemeinen Rechts	14
3) Das im preußischen Rechtskreis geltende Recht	16
a) Die Grundschild des preußischen Rechts	16
b) Früherer Rechtszustand	17
D. Die Gründe für die Übernahme der Grundschild in das BGB	19
II. Verwendung der Grundschild im heutigen Rechtsleben	21
1) Allgemeines über die Verwendung der Grundschild	21
2) Entwicklung der Grundschildbestellungen in den Jahren 1950 - 1959 unter Berücksichtigung der Statistiken	28
3) Auswerten der Statistiken im einzelnen	31
a) Vorbemerkung: Hinweise zu den anhangsweise beigegebenen Statistiken	31
b) Anteil der Grundschilden an den gesamten bestellten Grundpfandrechten in den einzelnen Jahren	33
c) Verhältnis der bestellten Grundschilden zu den gesamten bestellten Grundpfandrechten	35

	Seite
d) Durchschnittsbeträge der Grundschulden und der gesamten Grundpfandrechte	36
e) Zusammenfassung	39
<u>Abschnitt 3:</u> Die Arten der Schuldverhältnisse, die der als Sicherungsmittel verwendeten Grundschuld zugrunde liegen	40
1) Der Sicherungsvertrag bei der fiduziarisch bestellten Grundschuld	41
2) Der Sicherungsvertrag im Verkehr mit Banken und sonstigen Kreditinstituten	42
3) Der Vertrag bei der "zahlungshalber" bestellten Grundschuld	48
<u>Abschnitt 4:</u> Der Sicherungsvertrag bei der fiduziarisch bestellten Grundschuld	50
A. Vorbemerkungen: Allgemeine Begriffsbestimmung	50
a) Abgrenzung vom Pfandrecht	51
b) Zugehörigkeit zum Kreditsicherungsrecht	51
B. Der Inhalt des fiduziarischen Sicherungsvertrages im einzelnen	52
I. Ansprüche des Sicherungsvertragsgläubigers auf	52
1) Bestellung der Grundschuld	52
2) Behalten der Grundschuld	53
3) Verwertung der Grundschuld	55
a) Verwerten - Begriff	55
b) Verwertung der Grundschuld im Wege der Zwangsvollstreckung	56
c) Freihändige Verwertung der Grundschuld	58
aa) Zulässigkeit oder Ausschluß der freihändigen Verwertung	59
bb) Voraussetzungen der freihändigen Verwertung	68
cc) Umfang der freihändigen Verwertung	71
dd) Durchführung der freihändigen Verwertung	72

	Seite
(1) Aufhebung der fiduziarischen Zweckbindung durch die freihändige Verwertung der Grundschild	73
(a) bei befugter freihändiger Verwertung	78
(b) bei unbefugter freihändiger Verwertung	81
(2) Durchführung der freihändigen Verwertung im einzelnen	85
d) Folgen der Verwertung,	97
aa) Tilgung der Forderung durch Verwertung der Grundschild	97
bb) Sonstige Folgen der Verwertung	102
e) Sonderfragen	103
aa) Einfluß der Geltendmachung und der Abtretung der gesicherten Forderung auf die fiduziarische Zweckbindung der Grundschild	103
bb) Einfluß der getrennten Abtretung von Grundschild und Forderung auf die fiduziarische Zweckbindung der Grundschild	109
4) Schadensersatz	110
II. Ansprüche des Sicherungsvertragsschuldners auf	117
1) Wahrung seiner Interessen durch den Sicherungsvertragsgläubiger	117
2) Verwertung der Grundschild durch den Sicherungsvertragsgläubiger	118
3) Rückgewähr der Grundschild	118
a) Notwendigkeit eines Rückgewähranspruchs	119
b) Ausschluß des vertraglichen Rückgewähranspruchs	123
c) Inhalt des vertraglichen Rückgewähranspruchs	124
d) Wesen des vertraglichen Rückgewähranspruchs	130
e) Rückgewähranspruch bei Übersicherung	134
f) Rückgewähranspruch bei einredebehafteter Forderung	135

	Seite
4) Rechnungslegung	136
5) Auszahlung des Übererlöses	136
6) Schadensersatz	136
<u>Abschnitt 5: Zusammenfassung</u>	138
<u>Anhang:</u>	
I. Aufstellungen des Statistischen Bundesamtes über die Eintragung von Grundpfandrechten in den Jahren 1950 - 1959	139
II. Wortlaut der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute	143
III. Wortlaut der Formulare der Kreditinstitute über die Sicherungszweckerklärung	150
IV. Wortlaut der Formulare über die Abtretung des Rückgewähranspruchs	159

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

- ADLER Die Einwirkung der Wechselbegebung auf das
kausale Schuldverhältnis
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und
Konkursrecht 64. Band (1909) Seite 127 - 140
und 65. Band (1909) Seite 141 - 190
- ARNHEIM Anmerkung zum Beschluß des LANDGERICHTS I
BERLIN vom 5. 11. 1932
JW 1933, 642 - 643
- AXER Zahlung durch Wechsel
Dissertation Köln 1935
- Bankgeschäftliches Formularbuch, herausgegeben von Erich TROST,
bearbeitet von Wilhelm SCHÜTZ, 14. Ausgabe,
Berlin 1955
- BAUMBACH-HEFERMEHL Kurzkommentar zum Wechsel- und Scheckgesetz
mit Nebengesetzen, 6. Auflage, München und
Berlin 1959
- BAUMBACH-LAUTERBACH Kommentar zur Zivilprozeßordnung
25. Auflage München und Berlin 1958
- BAUR Lehrbuch des Sachenrechts, München und Berlin
1960
- BESELER System des gemeinen deutschen Privatrechts
Erste Abteilung. Allgemeiner Teil. Das all-
gemeine bürgerliche Recht
Berlin 1885
- BÖHMER, Emil Zur Frage der Einbeziehung Dritter in ver-
tragliche Schuldverhältnisse
MDR 1960, 807 - 808
- BOEHMER, Gustav Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung
Zweites Buch, Zweite Abteilung, Praxis der
richterlichen Rechtsschöpfung, Tübingen 1952
- BREBECK Die Grundschild zur Sicherung einer Forderung
Dissertation Breslau 1916
- BRINCK Die Bezahlung der Hypothekenforderung und der
Grundschild sowie die Hypothek und die Grund-
schuld am eigenen Grundstück in ihrer prak-
tischen Bedeutung
Berlin 1907
- BRUNNER Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte
8. Auflage, herausgegeben von Freiherr von
SCHWERIN
München und Leipzig 1930

- BRUNS Können Hypotheken und Grundschulden im Zwangsversteigerungsverfahren ins Leere fallen?
Göttingen 1930
- CAPELLER Die Zwangsvollstreckung in die durch den Schuldner zur Sicherheit eines Kontokorrentkredits bestellte Grundschuld
MDR 1953, 153 - 154
- CAPELLER Anmerkung zu dem Beschluß des OLG DÜSSELDORF vom 16. 2. 1957
Sparkasse 1957, 174 - 176
- Corpus constitutionum marchicarum, oder Königl. Preußis. und Churfürstl. Brandenburgische in der Chur- und Marck Brandenburg, auch incorporirten Landen publicirte und ergangene Ordnungen, Edicta, Mandata, Rescripta sc.
Von Zeiten FRIEDRICHS I. Churfürsten zu Brandenburg, sc. biß ietzo unter der Regierung FRIEDRICH WILHELMS König in Preußen sc. ad annum 1736 inclusivé.
Mit allergn. Bewilligung colligiret und ans Licht gegeben von CHRISTIAN OTTO MEYLIUS.
Mit Königl. Preußischen Privilegio
Berlin und Halle (ohne Jahr, wahrscheinlich 1737)
- Corpus constitutionum marchicarum
Continuatio IV
Derer in der Chur- und Mark Brandenburg, auch incorporirten Landen, ergangenen Edicten, Mandaten, Rescripten sc. von 1748 - 1750 inclusive (herausgegeben von MEYLIUS)
Mit Königl. Preußischen Privilegio
Berlin und Halle (ohne Jahr, wahrscheinlich 1751)
- DEMPEWOLF Bedeutung und Wirkung des Rückübertragungsanspruches bei Sicherungsgrundschulden im bankgeschäftlichen Verkehr.
Dissertation Köln 1957
- DEMPEWOLF Der Rückübertragungsanspruch bei Sicherungsgrundschulden, Berlin 1958
- DEMPEWOLF Zur Vormerkung des Anspruchs auf Rückübertragung einer sicherungsweise abgetretenen Grundschuld
Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht 1956, 311 - 312
- DEMPEWOLF Der Rückübertragungsanspruch bei Sicherungsgrundschulden als Kreditsicherungsmittel
NJW 1957, 1257 - 1261

- DEMPEWOLF Benachrichtigungsvollmacht als Sicherung
für den Kreditgeber
MDR 1957, 458 - 459
- DEMPEWOLF Anmerkung zu dem Beschluß des LG DÜSSELDORF
vom 9. 10. 1957
NJW 1958, 673 - 674
- DEMPEWOLF Die Pfändung eines Anspruchs auf Rückge-
währ einer Sicherungsgrundschuld
NJW 1959, 556 - 560
- DEMPEWOLF Welchen Rang hat der nicht valutierende Teil
einer Sicherungsgrundschuld?
NJW 1959, 2148
- DEMPEWOLF Berechtigt das Einziehungsrecht des Zedenten
zur Doppelabtretung?
NJW 1960, 2035 - 2036
- DERNBURG Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs
und Preußens
Band III: Das Sachenrecht des Deutschen
Reichs und Preußen. Dritte Auflage, Halle 1904
- DIESEL Richtet sich die Zwangsvollstreckung gegen
Bankkunden zweckmäßig in die nicht valutier-
ten Kreditsicherheiten oder in den Kredit-
anspruch?
JW 1933, 2503 - 2504
- DIETZ Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung
und Delikt
Bonn - Köln 1934
- DILCHER Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungs-
freiheit bei Verträgen
NJW 1960, 1040 - 1043
- EICHLER Institutionen des Sachenrechts. Ein Lehrbuch.
2. Band, 2. Halbband. Besonderer Teil.
Die dinglichen Rechte. Berlin 1960
- ENDEMANN Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Einführung
in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches
II. Band, erste Abteilung: Sachenrecht
8. und 9. Auflage, Berlin 1905
- ENDEMANN Anmerkung zum Beschluß des KG vom 12.11.1931
JW 1933, 64
- ENGISCH Einführung in das juristische Denken.
Stuttgart 1956

- ENNECCERUS-KIPP-WOLFF Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
 1. Band: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
 Rechts, ein Lehrbuch von Ludwig ENNECCERUS
 15. Auflage bearbeitet von NIPPERDEY
 1. Halbband: Tübingen 1959
 2. Halbband: Tübingen 1960
 2. Band: Recht der Schuldverhältnisse
 15. Bearbeitung von Heinrich LEHMANN
 Tübingen 1958
 3. Band: Sachenrecht, ein Lehrbuch von
 Martin WOLFF
 10. Bearbeitung von Martin WOLFF und
 Ludwig RAISER. Tübingen 1957
- ERMAN Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
 herausgegeben von ERMAN, 2. Auflage
 Münster 1958
- ESSER Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner
 und Besonderer Teil
 2. Auflage. Karlsruhe 1960
- FELGENTRAEGER Hypothek und Grundschuld
 Festschrift für Julius von GIERKE, 1948,
 Berlin 1950 Seite 140 - 162
- FEUERHERDT Grundschuldfragen aus der Praxis der
 VOLKSBANKEN
 Blätter für Genossenschaftswesen 1959,
 223 - 228 und 236 - 238
- FISCHER, Josef Die Eigentümergrundschuld im Zwangsver-
 steigerungsverfahren
 NJW 1955, 573 - 575
- FLEMMING Forderungserwerb bei Befriedigung des
 Grundschuldgläubigers?
 ZAkDR 1937, 22
- FLUME Zur Problematik des verlängerten Eigen-
 tumsvorbehalts
 NJW 1959, 913 - 922
- GÄHRS Die Pfändungen von Teilgrundstückspfand-
 rechten
 JW 1933, 1299
- GENGLER Das Deutsche Privatrecht in seinen Grund-
 zügen für Studierende
 4. Auflage. Erlangen, Leipzig 1892
- GIERKE, Julius von Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts
 4. Auflage. Berlin und Frankfurt 1959
- GIERKE, Otto von Deutsches Privatrecht. Band 2. Sachenrecht.
 Leipzig 1905
 Systematisches Handbuch der Deutschen
 Rechtswissenschaft

- GIERKE, Otto von Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, insbesondere die Form der Schuld- und Haftungsgeschäfte
Beslau 1910
- GÖHLER Die Wirkung der Löschungsvormerkung
NJW 1959, 416 - 417
- GRAFF Die zeitgenössische Grundstücksbewertung. Eine Anleitung für die Wertermittlung mit Tabellen und Übersichten
Berlin - Neuwied - Darmstadt 1956
- GREINER Die Reallast als Kreditsicherungsmittel im Vergleich mit Hypothek und Grundschuld
Dissertation Tübingen 1957
- GRÖNHOF Die Bedeutung der rechtlichen Beziehungen zwischen der Grundschuld und dem ihrer Bestellung zugrunde liegenden oder einem sonstigen ihre Geltendmachung betreffenden Rechtsverhältnis
Dissertation Göttingen 1920
- GÜTHE Die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen des modernen Hypothekenrechts.
Berlin 1914
- GÜTHE-TRIEBEL Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preußischen Ausführungsbestimmungen II. Band, 6. Auflage, Berlin 1937
- HAFF Institutionen des Deutschen Privatrechts auf rechtsvergleichender und soziologischer Grundlage, zugleich Einführung ins bürgerliche Recht, Band I: Personen- und Sachenrecht
Stuttgart 1927
- HAGELBERG Entwicklung und Probleme der neueren Hypothekenpraxis. Beiträge zur Kenntnis des Rechtslebens
Heft 4, Tübingen 1926
- HECK Grundriß des Sachenrechts. Tübingen 1930
- HEDEMANN Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert
Ein Überblick über die Entfaltung des Privatrechts in Deutschland, Österreich, Frankreich und der Schweiz
2. Teil: Die Entwicklung des Bodenrechts von der französischen Revolution bis zur Gegenwart
1. Hälfte: Das materielle Bodenrecht
Berlin 1930
2. Hälfte: Die Entwicklung des formellen Bodenrechts
Berlin 1935

- HEROLD Das Kreditgeschäft der Banken. Ein Lehr- und Handbuch, herausgegeben von HEROLD unter Mitwirkung von HILGERMANN und BERNICKEN. 12. Auflage des von ROZUMEK begründeten Werkes. Hamburg 1950
- HERZFELD Übertragung nicht-akzessorischer Sicherheiten JR 1958, 453 - 455
- HESSE Öffentliche Lasten und das Grundbuch ZAkDR 1936, 815 - 818
- HIEBER Abtretung des Rückübertragungsanspruchs bei Grundschulden DNotZ 1958, 378 - 381
- HINSBERG Zur Lehre von der nicht valutierte Grundschuld DJZ 1906, 257 - 258
- HOCHHE Anmerkung zum Beschluß des LG FREIBURG vom 16. 8. 1955 NJW 1956, 144 - 146
- HOCHHE Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 2.10.1957 DNotZ 1958, 386 - 388
- HOCHHE Die Wirkung der Löschungsvormerkung NJW 1959, 413 - 416
- HOFMANN Handbuch des gesamten Kreditwesens, herausgegeben von Walter HOFMANN, unter Mitwirkung von DERNITZEL, Josef HOFFMANN, LANG 6. Auflage, Frankfurt 1960
- HÜBNER Grundzüge des Deutschen Privatrechts 5. Auflage, Leipzig 1930
- JANBERG Die Rechtsstellung der Bank bei Pfändung nicht voll valutierter Sicherungsgrundschulden Bank-Archiv XXXVI (1936/1937), 323 - 325
- JANBERG Aus der Rechtsprechung zur Sicherungsgrundschuld Bank-Archiv XXXVI (1936/1937), 514 - 519
- JANBERG Die Löschungsvormerkung bei Grundschulden als vorgehenden Belastungen ZAkDR 1938, 595 - 596, 814 - 815
- JANBERG Zweifelsfragen bei der Grundschuld als Kreditsicherungsmittel DFG 1939, 57 - 59, 80 - 83
- JANBERG Die Grundschuld als Kreditsicherung Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1949, 496 - 497

- KOCH Pfändbarkeit des Kreditanspruchs
JW 1933, 2757 - 2758
- KOCH Kredit im Recht. Eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der Bankpraxis
Jena 1925
- KÖRTING Die Zwangsvollstreckung in nicht voll valuierte Kreditsicherheiten
JW 1933, 2887 - 2888
- KOMANNS Das Grundpfandrecht als fiduziarische Sicherheit. Ein Beitrag zur Lehre von der Sicherungsgrundschuld
Dissertation Köln 1939
- KOLBENSCHLAG Die Interessenwahrungspflicht des Grundschuldgläubigers im Zwangsversteigerungsverfahren Wertpapier-Mitteilungen 1958, 1434 - 1436
- KOWALSKI Die Grundschuld im modernen Grundbuchverkehr 2. Auflage, Berlin 1939. Sammlung SACK, Rechtsfragen der Praxis. Band A 21/22
- KOWALSKI Die Pfändung der "Sicherungsgrundschuld"
JW 1934, 1837 - 1838
- KRAMER Grundschuld und Schuldgrund
Ein Beitrag zu der Lehre von den Beziehungen zwischen einer Grundschuld und einem ihrer Bestellung zugrunde liegenden Schuldverhältnis
Dissertation Göttingen 1932
- KRELLER Die Zukunft des Eigentümergrundpfandrechtes Deutsche Rechtswissenschaft Band 7 (1942)
82 - 96
- KÜCHLER Die Sicherungsgrundschuld
Neue Deutsche Forschungen, Abteilung Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht Band 7 Berlin 1939
- KÜMMERJEIN Auszahlungen vor Eintragung von Sicherungsgrundschulden
Der Betriebs-Berater 1949, 344
- LARENZ Lehrbuch des Schuldrechts
1. Band: Allgemeiner Teil
2. Band: Besonderer Teil
4. Auflage, München und Berlin 1960
- LEHMANN, Heinrich Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs
10. Auflage, Berlin 1957

- LEHMANN, Erwin Das Verhältnis von Forderung und Hypothek im deutschen bürgerlichen Recht
Dissertation Tübingen 1938
- LENT Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß
1. Band: Leipzig 1912
2. Band: Die prozessuale Bedeutung der bürgerlich-rechtlichen Gesetzeskonkurrenz
Leipzig 1916
- LENT Sachenrecht. Ein Studienbuch
8. Auflage, München und Berlin 1960
- LINDE Sicherung des Gläubigers nachrangiger Grundpfandrechte
NJW 1957, 449 - 450
- LINDEMANN Sicherungsgrundschuld
JW 1931, 2613 - 2614
- LOHMANN Zur Lehre von der Grundschuld unter besonderer Berücksichtigung der nicht valuierten Grundschuld, ihrer Pfändung und ihrer Stellung in der Zwangsversteigerung
Dissertation Erlangen 1933
- LORENZ Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse - Grenzen zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung
JZ 1960, 108 - 114
- LÜBTOW, von Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten
Festschrift für Heinrich LEHMANN zum 80. Geburtstag
S. 328 - 387
Berlin, Tübingen, Frankfurt 1956
- Die gesamten MATERIALIEN zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, herausgegeben und bearbeitet von B. MUGDAN
III. Band: Sachenrecht. Berlin 1899
- MEIBOM, von Das deutsche Pfandrecht
Marburg 1867
- MEUSCHKE Die nicht valuierte Grundschuld, insbesondere ihre Stellung in der Zwangsversteigerung
Dissertation Göttingen 1931
- MICHELS Die Zwangsvollstreckung in nicht voll valuierte Kreditsicherheiten
JW 1933, 1639

- MITTEIS Deutsches Privatrecht
Ein Studienbuch. Bearbeitet von LIEBERICH
3. Auflage, München und Berlin 1959
- MOTIVE zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs
für das Deutsche Reich
Band III: Sachenrecht. Amtliche Ausgabe
Berlin und Leipzig 1888
- MÜNSTERMANN Grundschild und persönliche Forderung
Dissertation Freiburg 1937
- NISSEN Die nicht valutierte Grundschild
JW 1906, 803 - 805
- Novum Corpus constitutionum prussico-brandenburgensium prapicue
marchicarum,
oder Neue Sammlung Königl. Preuß. und Chur-
fürstl. Brandenburgischer, sonderlich in der
Chur- und Marck- Brandenburg, publicirten
und ergangenen Ordnungen, Edicten, Mandaten,
Rescripten, sc.
Mit Königlicher allergnädigster Bewilligung,
und Dero Academie der Wissenschaften darüber
ertheilten Privilegio
Von 1782, 1783, 1784 und 1785 als der Siebte
Band, Berlin 1786
Von 1791, 1792, 1793, 1794 und 1795 als der
Neunte Band, Berlin 1796
- NUSSBAUM Die Rechtstatsachenforschung. Ihre Bedeutung
für Wissenschaft und Unterricht. Recht und
Staat Band 6 Tübingen 1914
- NUSSBAUM Lehrbuch des Deutschen Hypothekenwesens
nebst einer Einführung in das allgemeine
Grundbuchrecht
2. Auflage, Tübingen 1921
- OBST-HINTNER Geld-, Bank- und Börsenwesen
33. Auflage, Stuttgart 1951
- OERTMANN Die Rechtsbedingung (condicio iuris)
Untersuchungen zum Bürgerlichen Recht und
zur allgemeinen Rechtslehre
Leipzig, Erlangen 1924
- PALANDT Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
20. Auflage, München und Berlin 1961
- PLANCK Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst
Einführungsgesetz
Band 2: Recht der Schuldverhältnisse
1. Hälfte: Allgemeiner Teil
4. Auflage, Berlin 1914
2. Hälfte: Besonderer Teil
4. Auflage, Berlin, Leipzig
1928

Band 3: Sachenrecht

1. Hälfte: 5. Auflage, Berlin,
Leipzig 1933

2. Hälfte: 5. Auflage, Berlin 1938

PLANITZ

Das deutsche Grundpfandrecht.
Forschungen zum Deutschen Recht
Band I, Heft 4. Weimar 1936

PLANITZ

Germanische Rechtsgeschichte
Neue Rechtsbücher für das Studium der Rechts-
und Wirtschaftswissenschaften
2. Auflage, Berlin 1941

POLZIN

Die praktische Anwendung der Grundschild
AcP Bd. 134 (1931), 219 - 235

PRITTWITZ UND GAFFRON, von: Besitz und Eigentum am Grundschildbrief
bei Abtretung der Grundschild
NJW 1957, 85 - 88

PROTOKOLLE

der Kommission für die 2. Lesung des Ent-
wurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs
Amtliche Ausgabe. Berlin 1897

PUNTSCHART

Der Grundschildbrief des deutschen Reichs-
rechts in Gesetz und Literatur
Kritische Studie. Graz 1900

QUENTIN

Die Sicherungsgrundschild
Dissertation Halle-Wittenberg 1936

RADLOFF

Die Sicherungsgrundschild
DJZ 1929, 981 - 982

RÄBEL

Rechtsfragen zur Kreditsicherungsgrundschild
NJW 1953, 1247 - 1250

REICHSGERICHTSRÄTE-KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch,

Band 1: 1. Teil: Allgemeiner Teil

11. Auflage, Berlin 1959

2. Teil: Recht der Schuldverhältnisse

11. Auflage, Berlin 1960

Band 3: Sachenrecht

10. Auflage, Berlin 1954

RHEINSTEIN

Anmerkung zum Beschluß des KG vom 8.10.1931
JW 1932, 1759 - 1760

RIEDEL

Über die Eintragung von Löschungsvormerkungen
und ergänzenden Sicherungsrechten
DNotZ 1936, 344 - 359

RIPFEL

Zweifelsfragen bei der Grundschild als Kre-
ditsicherungsmittel
DFG 1938, 185 - 191

RIEDEL

Über die Eintragung von Hypotheken auf Grund
banküblicher Bewilligungen
DNotZ 1954, 454 - 460

- RIPFEL Die Eigentümeransprüche gegen den Grundschuldgläubiger und ihre Sicherung
DNotZ 1957, 518 - 527
- RÜTTGER Der Rückgewähranspruch und die in der Zwangsversteigerung bestehende bleibende Grundschuld
NJW 1959, 2147 - 2148
- SCHAARSCHMIDT Wirtschafts- und Rechtsfragen im Kreditgeschäft der Sparkassen. Stuttgart 1949
- SCHÄFER Kritische Bemerkungen zu Vordrucken im Realkreditgeschäft
Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg 1957, 123 - 137
- SCHIEB Die Grundschuld als Sicherung
Dissertation Breslau 1912
- SCHNEIDER Die Pfändung einer nicht valutierten oder nicht voll valutierten Sicherungsgrundschuld
JW 1938, 1630 - 1632
- SCHOLZ Das Recht der Kreditsicherung. Ein Handbuch für die Praxis. 2. Auflage, Berlin 1957
- SCHÜTZ Die unbrauchbare Höchstbetragssicherungshypothek
ZakDR 1939, 475 - 478
- SCHÜTZ Auflösende Bedingung in Sicherungsverträgen
NJW 1957, 1541 - 1543
- SCHUSTER Verkehrshypothek und Grundschuld
Dissertation Breslau 1909
- SCHWERIN, von Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte
2. Auflage, Berlin 1941
- SEGALL Das bürgerliche Recht und die Lebensgewohnheiten. Arch.bürg.R. Bd. 32 (1908), 410 - 457
- SEGGELE Das Verhältnis der Grundschuld zu dem ihrer Bestellung zugrunde liegenden schuldrechtlichen Rechtsgeschäft
Dissertation Göttingen 1927
- SIEBERT Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis
Ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhandproblem
Marburg 1933
- SIEHR Die nicht valutierte Grundschuld
Dissertation Jena 1909

- SOERGEL Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band I: Allgemeiner Teil. Recht der Schuld-
 verhältnisse. (Allgemeiner Teil)
 9. Auflage, Stuttgart 1960
Band III: Sachenrecht
 9. Auflage, Stuttgart 1960
- SOMMER Begriff und rechtliche Natur der Grundschild
des Bürgerlichen Gesetzbuchs
Dissertation Leipzig 1907
- SOTTUNG Die Pfändung der Eigentümergrundschild
Prozeßrechtliche Abhandlungen, herausge-
geben von ROSENBERG, Heft 23
Berlin - Köln 1957
- SPRENGEL Die Grundschild als Kreditsicherung. Wie
verhält sich die Bank bei der Pfändung einer
Grundschild?
Zahlungsverkehr und Bankbetrieb. Zeitschrift
für bankwirtschaftliche und banktechnische
Fragen 1936, 102 - 105
- STAUDINGER Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Band I: Allgemeiner Teil
 11. Auflage, Berlin 1957
Band II: Recht der Schuldverhältnisse
 1. Teil: 9. Auflage, München,
 Berlin, Leipzig 1930
 3. Teil: 11. Auflage, Berlin 1958
Band III: Sachenrecht
 2. Teil: 10. Auflage, München, Ber-
 lin, Leipzig 1936
- STEIN-JONAS Kommentar zur Zivilprozeßordnung
18. Auflage, bearbeitet von SCHÖNKE, fortge-
führt von POHLE, 2. Band: Tübingen 1956
- STRECKER Artikel "Grundschild"
Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
3. Band, Berlin und Leipzig 1928
- SÜSS Anmerkung zum Urteil des RG vom 18. 9. 1934
JW 1934, 3124 - 3126
- SWENSSON Welches rechtliche Schicksal erleidet die
nicht valutierte Grundschild und wie gestal-
tet sich ihre Rechtslage im Zwangsverstei-
gerungsverfahren?
Dissertation Greifswald 1913

- TASSE Die Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Sicherungsverpflichteten nach Befriedigung des Gläubigers durch einen von ihnen
Dissertation Halle-Wittenberg 1931
- THIEME Sicherungsgrundschuld und Eigentümergrundschuld
JR 1953, 89 - 91
- THIEME Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 26.6.1957
MDR 1958, 25
- TROBITZSCH Die analoge Anwendung der hypothekenrechtlichen Vorschriften auf die Grundschuld (§ 1192 BGB)
Dissertation Leipzig 1907
- TUHR, von Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft. Zehnte Abteilung: Das Deutsche Bürgerliche Recht. Band II, 2. Hälfte:
München, Leipzig 1918
- UNGEWITTER Hypothek und Grundschuld im Bankverkehr unter besonderer Berücksichtigung der in Formularen und allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Bestimmungen.
Dissertation Frankfurt 1939
- VAHLDIK Der Ausgleich zwischen mehreren Sicherungsgebern
Dissertation Erlangen 1938
- VAHLDIK Das Bestellen von Sicherheiten durch Dritte, insbesondere auch im Kontokorrentverkehr
Frankfurt 1951
- WALBERER Die Zwischenkreditsicherung durch Abtretung der sogenannten vorläufigen Eigentümergrundschuld
DNotZ 1956, 229 - 237
- WEGAN Die Hypothek als akzessorisches Recht
Festschrift für STEINWENTER, Graz-Köln 1958
S. 152 - 165
- WEIDEMANN Zur Behandlung fiduziarischer Sicherungsgeschäfte
DJZ 1906, 1000 - 1004
- WEIMAR Die Sicherung von Krediten. Köln 1957
Heft 36: Der Rechts- und Steuerdienst
Kölner Schriftenreihe zeitnaher rechtswissenschaftlicher Abhandlungen
- WEINHAUSEN Die Sicherungsübereignung
Berlin 1928

- WEISBECKER Die Grundschuld in ihren Beziehungen zur persönlichen Forderung
München, Berlin, Leipzig 1922
- WERNEBURG Wesen und wirtschaftliche Zweckbestimmung der Grundschuld
Die Grundstückswarte. Organ für Wohn-, Geschäfts- und Industrie-Hausbesitzer
Deutschlands 1932, 317 - 318, 327
- WERNEBURG Baugeldbeschaffung durch Hypothek, Kautionshypothek oder Grundschuld
ZakDR 1938, 705
- WESENBERG Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung
Lahr (Baden) 1954
- WESTERMANN Lehrbuch des Sachenrechts
4. Auflage, Karlsruhe 1960
- WESTERMANN Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen
Karlsruhe 1954
- WIEACKER Bodenrecht. Hamburg 1938
- WIEACKER Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung. Göttingen 1952
- WIECZOREK Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Band IV
Teil 1: §§ 704 - 863. Berlin 1958
- WÖRBELAUER Nochmals: Sicherung des Gläubigers nachstelliger Grundpfandrechte. NJW 1957, 898
- WÖRBELAUER Besprechung von: DEMPEWOLF, Rückübertragungsanspruch. NJW 1958, 1721 - 1722
- WÖRBELAUER Die verschleierte Eigentümergrundschuld (Löschungsvormerkung und Hypothek)
NJW 1958, 1513 - 1518
- WÖRBELAUER Die verhinderte Eigentümergrundschuld (Löschungsvormerkung und Sicherungsgrundschuld)
NJW 1958, 1705 - 1710
- WOLFF, Martin Das Bürgerliche Gesetzbuch und die deutschen Lebensgewohnheiten. JW 1906, 697 - 700
- ZIMMERMANN Die nicht valutierte Grundschuld unter besonderer Berücksichtigung einer nach der Eintragung vollzogenen Grundstücksveräußerung
Dissertation Würzburg 1911

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band / Seite)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Allg.T.	Allgemeiner Teil
Arch.bürg.R.	Archiv für bürgerliches Recht (Band / Seite)
Bank-Archiv	Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen (Jahrgang / Seite)
BB	Der Betriebs-Berater (Jahr / Seite)
BGHZ	Entscheidungen des BUNDESGERICHTSHOFS in Zivilsachen (Band / Seite)
DFG	Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit (Jahr / Seite)
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung (Jahr / Seite)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr / Seite)
Gruch	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts begründet von GRUCHOT
JR	Juristische Rundschau (Jahr / Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr / Seite)
JZ	Juristen-Zeitung (Jahr / Seite)
Kap.	Kapitel
KASER RPR	KASER Das römische Privatrecht Handbuch der Altertumswissenschaften
KG	KAMMERGERICHT
KGJ	Jahrbuch der Entscheidungen des KAMMERGERICHTS (Band / Seite)

LM	LINDENMAIER-MÖHRING Nachschlagewerk des BUNDESGERICHTSHOFs
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr / Seite)
Mrd.	Milliarde
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr / Seite)
Recht	Das Recht (Jahr / Spalte)
RGR-Komm.	REICHSGERICHTSRÄTE-KOMMENTAR
RGZ, RGSt	Entscheidungen des REICHSGERICHTS in Zivil- bzw. Strafsachen
SachenR	Lehrbuch des Sachenrechts
SchuldR	Lehrbuch des Schuldrechts
Sparkasse	Zeitschrift des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes (Jahr / Seite)
TROST-SCHÜTZ	Bankgeschäftliches Formularbuch
Warn.Rspr.	WARNEYER, Die Rechtsprechung des REICHSGERICHTS (Jahr / Nummer der Entscheidung)
WG	Wechselgesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Jahr / Seite)
ZakDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (Jahr / Seite)
Z.ges.HR.	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (Band / Seite)

Abschnitt 1:

Einleitung.

Im Grundsschuldrecht sind insbesondere beim Problem der freihändigen Verwertung der Grundsschuld trotz der umfangreichen Literatur und Rechtsprechung immer noch zahlreiche Punkte ungeklärt.

Auszugehen ist von der Feststellung, daß die Rechtsprechung des REICHSGERICHTS zur Frage der freihändigen Verwertung der Grundsschuld den Interessen der Beteiligten nur scheinbar gerecht wird. Nach ihr ist die Verwertung ohne eine ausdrückliche Vereinbarung nur mit der Maßgabe zugelassen, daß die Befriedigung aus dem Grundstück auch in der Hand des Erwerbers nur in der jeweiligen Höhe des zu sichernden Schuldbetrages möglich sei (RG JW 1936, 2310 (2310/2311)). Wenngleich diese Regelung die freihändige Verwertung nicht völlig ausschließt, so kann diese doch bei den dargelegten Grundsätzen keine praktische Bedeutung erlangen. Denn der Erwerber müßte dann die treuhänderischen Verfügungsbeschränkungen, die zwischen dem Eigentümer und dem verwertenden Gläubiger bestehen, unter den Voraussetzungen des § 1157 BGB auch gegen sich gelten lassen. Ihm könnte der Wegfall des Sicherungszweckes entgegengehalten werden, wenn die Forderung erloschen ist. Der Sinn der freihändigen Verwertung ist es aber gerade, daß der Forderungsgläubiger durch die Verwertung der Grundsschuld den Betrag erhält, den er durch die nicht oder nur teilweise erfolgte Befriedigung der Forderung bisher nicht erhalten hat. Der Erlös aus dieser freihändigen Verwertung der Grundsschuld soll nach dem Sicherungsvertrag die gesicherte Forderung tilgen oder es soll ihr doch wenigstens eine Einrede entgegenstehen. Damit ist aber der Sicherungszweck der Grundsschuld fortgefallen; denn die gesicherte Forderung kann nun nicht mehr geltend gemacht werden. Würde man jetzt den Grundsatz des RG anwenden, die Grundsschuld dürfe auch in der Hand des Erwerbers nur in der jeweiligen Höhe der gesicherten Forderung geltend gemacht werden, dann dürfte der Erwerber von diesem Augenblick an die Grundsschuld nicht mehr durchsetzen. Aber die Grundsschuld ist ja gerade zu dem Zweck abgetreten worden, damit der Erlös aus der freihändigen Verwertung die gesicherte Forderung erlöschen oder eine Einrede gegen sie entstehen lasse, und damit der Erwerber die Grundsschuld geltend machen könne, um mindestens den Gegenwert, den er für ihren Erwerb aufgewendet hat, hereinzubekommen.

Abschnitt 2:

Geschichte der Grundschild und ihre
Verwendung im heutigen Rechtsleben.

Das Grundpfandrecht des BGB hat sich aus römisch-rechtlichen und deutsch-rechtlichen Grundpfandrechtsformen entwickelt.

I. Geschichte der Grundschild

A. Vorbemerkung: Wesen der Grundschild des BGB

Die Grundschild (und ihre Unterart, die Rentenschild) ist neben der Hypothek das im BGB geregelte Grundpfandrecht (§§ 1113 - 1203 BGB). Im BGB ist die Grundschild als ein abstraktes, nicht - akzessorisches, dingliches Verwertungsrecht an einem Grundstück gestaltet. Das Verwertungsrecht ist so beschaffen, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten es besteht, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist (§ 1191 BGB).¹⁾ Die Hypothek dagegen ist ein akzessorisches Recht. Im übrigen hat sie dieselben Eigenschaften wie die Grundschild als eines abstrakten, dinglichen Verwertungsrechtes. Der Unterschied zwischen Grundschild und Hypothek besteht darin, daß bei jener der Einfluß der Forderung auf das schuldrechtliche Gebiet verlegt wird.²⁾ Akzessorietät (Angelehntheit der Hypothek an die gesicherte Forderung) ist im BGB so geregelt, daß die gesicherte Forderung bestimmt, ob das Recht Hypothek³⁾ oder Eigentümergrundschild ist, und daß Zuständigkeitsveränderungen der Forderung Zuständigkeitsveränderungen der Hypothek bewirken (§§ 1153, 1163, 1177 BGB).⁴⁾

Die Akzessorietät der Hypothek geht im BGB nicht so weit, daß das Entstehen des dinglichen Rechts vom Bestand der Forderung abhängig ist. Denn nicht nach dem Bestand, sondern nur nach der Person des Berechtigten und der Art des Rechts (ob Hypothek oder Eigentümergrundschild) ist die Hypothek akzessorisch.⁵⁾ Bei der Grundschild wie bei der Hypothek ist zwischen dem dinglichen Recht, einer

1) vgl. WESTERMANN SachenR § 93; KOMANNS S. 2. Zur Struktur der Grundschild und der übrigen Grundpfandrechte siehe: WEGAN, Festschrift für STEINWENTER, 1958 S. 152 ff.; von LÜBTOW Festschrift für Heinrich LEHMANN, 1956, S. 328 ff., insb. S. 336 ff.

2) GÜTHE-TRIEBEL S. 1853

3) als Fremd- und Eigentümerhypothek möglich: §§ 1143, 1153, 1163, 1177 BGB

4) WESTERMANN SachenR § 93 II 4 a; BAUR SachenR § 36 III (S.287 ff.)

5) WESTERMANN aaO.

durch die gesicherten Forderung und dem ihrer Bestellung¹⁾ zugrunde liegenden schuldrechtlichen Rechtsverhältnis zu unterscheiden.²⁾ Da die Grundschild von dem Bestehen einer gesicherten Forderung nicht abhängig ist und da sie aus sich selbst heraus ein Recht zur Verwertung des Grundstücks gibt (§ 1191 BGB), kann sie zu jeder Art vermögensrechtlicher Sicherung verwendet werden.³⁾ Mit dem Gebrauch der Grundschild als Kreditsicherungsmittel ist ihre Verwendungsmöglichkeit nicht erschöpft. Es sind weitere Fälle möglich, in denen der Gläubiger außer der Grundschild kein weiteres Recht, das auf dasselbe Interesse geht, insbesondere keine durch die Grundschild gesicherte Forderung, besitzt. Ein Fall solcher "isolierter" Grundschilden⁴⁾ ist z.B. die vermächtnisweise Zuwendung einer Grundschild, um den Vermächtnisnehmer durch die Grundschild an dem zum Nachlaß gehörigen Grundbesitz wirtschaftlich zu beteiligen, ohne daß andere Nachlaßgegenstände haften.⁵⁾ In diesem Fall handelt es sich um eine "isolierte Sachhaftung". Die Grundschild begrenzt hier "das vermögensrechtliche Risiko" auch gegenständlich.⁶⁾

Der Grund für diese Ausgestaltung der Grundschild im BGB wird aus ihrer Geschichte verständlich. Die Gründe für die Gegensätzlichkeit von akzessorischem und nicht-akzessorischem Grundpfandrecht ergeben sich aus der geschichtlichen Entwicklung.

B. Entwicklung im römischen Recht.

Ein der Grundschild entsprechendes nicht-akzessorisches Recht hat es im römischen Recht nicht gegeben.

Zwar wird es im altrömischen (und z.T. noch im vorklassischen) Recht als Pfandverhältnis eine "reine Sachhaftung" gegeben haben. Dieses Pfandverhältnis setzte auch noch nicht voraus, daß neben ihr ein persönliches Forderungsrecht des Gläubigers bestand, das durch das Pfandverhältnis gesichert werden sollte. Doch war die

1) bzw. Übertragung der Grundschild. Soweit nichts besonderes vermerkt ist, gelten die Ausführungen für beide Fälle.

2) vgl. WESTERMANN SachenR § 4 III; WOLFF-RAISER § 38 II; ENN.-NIPPERDEY § 148 I; PALANDT-HOCHE § 1191 Anm. 2a.

3) WESTERMANN SachenR § 114 I 1.

4) WESTERMANN SachenR § 114 I; BAUR SachenR § 44 § aE. (S. 368); MOTIVE 3, 608; THIEME JR 1953, 90; SEGALL Arch.bürg.Recht Bd. 32, 423

5) Das Beispiel ist entnommen aus: WESTERMANN SachenR § 114 I 1 aE.

6) WESTERMANN SachenR § 114 I 1

Verpfändung lediglich eine ablösbare Übereignung. Die Sache wurde dem Gläubiger zugewendet mit dem Vorbehalt, daß der Geber sie durch eine Leistung wieder einlösen könne. Die Leistung bestand regelmäßig in einer Geldzahlung.¹⁾

In das Gebiet der nicht-akzessorischen Sachhaftung fällt auch die fiducia. Bei der fiducia cum creditore contracta wird dem Fiduziar vom Fiduzianten eine res mancipi durch mancipatio oder in iure cessio übereignet. Mit dieser Übertragung wird gleichzeitig ein pactum fiduciae verbunden. In dem pactum wird vereinbart, daß der Fiduziar den empfangenen Gegenstand durch remanipatio oder in iure cessio zurückzuübereignen habe, wenn die gesicherte Forderung erloschen ist.²⁾

Im übrigen haben sich die Pfandrechte im römischen Recht als akzessorische Rechte entwickelt.³⁾ Ihre Akzessorietät war uneingeschränkt. Ohne die Forderung konnte kein Pfandrecht entstehen. Es ging unter, wenn die Forderung erfüllt wurde oder wenn sie auf andere Weise erloschen war sowie wenn die Pfandsache untergegangen oder wenn sie aus dem Privatrechtsverkehr ausgeschieden war.⁴⁾

C. Entwicklung im deutschen Recht.

Die Grundschild wurde aus dem hamburgischen, lübischen, mecklenburgischen und preußischen Recht in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen. Die Rechtsgebiete in Deutschland, welche das Grundpfandrecht als nicht-akzessorisches Recht gestalteten, schieden sich in drei Gruppen.

-
- 1) KASER RPR Bd. I § 38 IV (S. 126/127)
 - 2) KASER RPR Bd. I § 109 (S. 386 ff.), § 38 IV 1 (S. 127); Bd. II § 250 II (S. 226/227); KASER Römisches Privatrecht, Studienbuch, § 31 II 1 (S. 113)
 - 3) KASER RPR Bd. I § 38 IV (S. 126/127) §§ 108, 110 (S. 383 ff., 388 ff.)
 - 4) KASER RPR Bd. I § 110 I 3, V (S. 390/392)

1) Das in Hamburg und Lübeck geltende Recht.

Die erste Gruppe bildeten die in Hamburg und Lübeck geltenden Gesetze.¹⁾ In beiden Staaten hatte sich das Grundpfandrecht, soweit es hier in Betracht kommt, materiell übereinstimmend, unbeeinflusst von der römischen Pfandrechts-theorie, im Anschluß an die alten Formen der Satzung und des Rentenkaufs entwickelt.²⁾

a) Ältere Satzung

Nach der älteren Satzung des deutschen Rechts versetzte der Eigentümer dem Gläubiger ein Grundstück, damit er es bis zur Wiedereinlösung in Besitz und Nutzung behalte. Der Gläubiger mußte den unmittelbaren Besitz erhalten, wenn das Pfandrecht entstehen sollte. Die ältere Satzung ist ein selbständiges Geschäft, das nicht als ein Verkauf auf Wiederkauf, sondern als ein Geschäft aufzufassen ist, das dem Gläubiger Pfandgewere einräumte. Diese Pfandgewere war Nutzgewere. Dem Eigentümer stand nur eine ruhende Eigengewere zu. Die Gewere war das vorläufige Recht zur Ausübung eines vermuteten dinglichen Rechts. Die Vermutung bestand so lange, bis sie durch den Beweis eines stärkeren dinglichen Rechts gebrochen wurde. Objekt der Gewere waren die Gegenstände, an denen eine sichtbare Rechtsausübung möglich war. Darunter fielen Sachen und Rechte. Die Verpfändung konnte wegen des möglichen Pfandverfalls nur mit Erbenlaub erfolgen.³⁾ Regelmäßig war weiter erforderlich, daß die

1) Hamburgisches Gesetz über Grundeigenthum und Hypotheken für Stadt und Gebiet mit Ausnahme des Amtes Bergedorf vom 4. Dezember 1868 (Gesetz Nr. 45 - Gesetzssammlung der freien und Hansestadt Hamburg 1868 (3. Band) 1. Abteilung S. 88 - 107);

Stadtbuchs-Ordnung der freien Hansestadt Lübeck vom 6. Juni 1818 (Sammlung der Lübeckischen Verordnungen und Bekanntmachungen 3. Band (1818 - 1821) S. 19 - 38);

(Lübische) Hypotheken-Ordnung für das Stadt-Gebiet vom 22. März 1820 (Sammlung der Lübeckischen Verordnungen und Bekanntmachungen 3. Band (1818 - 1821) S. 120 - 138);

(Lübische) Verordnung, betreffend die persönliche Haftungspflicht der Eigner von Grundstücken und anderen denselben gleichgestellten Gegenständen für die in öffentlichen Hypothekenbüchern darauf eingetragenen Schulden und Lasten, ingleichen die Aufhebung einiger stadtrechtlicher Bestimmungen hinsichtlich der Renten, vom 25. März 1848 (Sammlung der Lübeckischen Verordnungen und Bekanntmachungen 15. Band (1848) S. 13 - 16);

Hypotheken-Ordnung für den Lübeckischen Freistaat vom 5. Mai 1880 (Sammlung der Lübeckischen Verordnungen und Bekanntmachungen 47. Band (1880) S. 73 - 86).

2) MOTIVE 3, 604

3) MITTEIS-LIEBERICH Kap. 36 II; 26 I 3, II, III; O.v.GIERKE SachenR § 155 II (S. 813 ff.); ders. Schuld und Haftung § 4 I 2 a (S. 28 f.); BESELER § 101 I 1 (S. 436)

Bestellung der älteren Satzung vor Gericht oder Rat vereinbart werden mußte.¹⁾

Der Satzungsgläubiger war auf sein Nutzungsrecht beschränkt. Er konnte sich nicht an das Grundstück oder an das sonstige Vermögen des Eigentümers halten. Er konnte die Einlösung nicht fordern und durfte auch die Sache nicht veräußern. Dagegen konnte er sein Nutzungsrecht vererben und übertragen. Der Eigentümer besaß ein Einlösungsrecht und konnte durch Zahlung der Pfandsomme sein Grundstück aus der Gebundenheit durch die Satzung befreien.²⁾

War die Satzung mit einer aufschiebend bedingten Übereignung verbunden, dann trat bei versäumter Einlösung der Wegfall des Pfandes ein. Der Gläubiger erwarb in diesem Fall das Eigentum. Da er oft mehr als den geschuldeten Betrag bekam, setzte sich vereinzelt der Pfandverkauf durch. Wo sich der Pfandverkauf durchgesetzt hatte, besaß der Gläubiger nur ein Verfügungsrecht über die verpfändete Sache und mußte den Mehrbetrag herausgeben.³⁾

Der Eigentümer haftet für einen etwaigen Ausfall in diesen Fällen persönlich.⁴⁾ Während in den übrigen Regelungen der älteren Satzung das Prinzip der reinen Sachhaftung vollkommen durchgeführt war, war man in jenen Fällen von diesem Prinzip abgekommen.

b) Neuere Satzung

Das Recht der Handelsstädte, vor allem das kölnische Recht, entwickelte das Pfandrecht weiter. Die neuere Satzung gestattete dem Gläubiger nur noch den mittelbaren Besitz. Er erhielt ein bedingtes Zugriffsrecht, das in einer anwartschaftlichen Gewere bestand. Die neuere Satzung war ein dingliches Recht, das auch gegenüber einem dritten Erwerber gelten gemacht werden konnte. Die Verpfändung mußte durch Pfandvertrag mit Erbenlaub vor der Behörde und Eintragung in die Schreinskarte, Gerichts- oder Stadtbücher oder in besondere Pfandbücher erfolgen. Der Eintrag in diese Karten oder Bücher stellte eine öffentliche Urkunde dar. Für ihre

1) O.V.GIERKE SachenR § 155 II (S. 813, 815); ders. Schuld und Haftung § 4 I 2 a (S. 29); HÜBNER Deutsches PrivR § 53 III (S. 405/406)

2) O.v.GIERKE SachenR § 155 II (S. 813, 815); ders. Schuld und Haftung § 4 I 2 a (S. 29); HÜBNER Deutsches PrivR § 53 III (S. 405/406)

3) MITTEIS-LIEBERICH und HÜBNER aaO.; O.v.GIERKE SachenR § 155 II (S. 816/817)

4) MITTEIS-LIEBERICH Kap. 36 II, 26 III; so wohl auch: O.v.GIERKE Schuld und Haftung § 4 I 2 b (S. 30)

Richtigkeit bestand eine amtliche Gewähr. Unrichtige Einträge unterlagen der Berichtigung. In dieser Regelung hat der Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs seinen Ursprung.¹⁾

Im Gegensatz zur älteren Satzung war die neuere Satzung stets ein Substanzpfand. Der Gläubiger konnte sich im Falle der Nichterfüllung an die Sache selbst halten.²⁾ Dieses Recht hielt den Pfandverfall zunächst aufrecht. Allmählich drang aber der Pfandverkauf durch. Den Verkauf hatte ursprünglich der Gläubiger aufgrund gerichtlicher Ermächtigungen selbst auszuführen. Im Laufe der Zeit fand allmählich der Verkauf unter gerichtlicher Leitung und endlich ein gerichtlicher Verkauf statt.³⁾

Die neuere Satzung bot die Möglichkeit, die Sache mehrfach zu verpfänden. Man arbeitete mit der Vorstellung, daß der Wert des Grundstücks in mehrere Teile zerlegt werden könne. Umfaßte der Wert des ersten Pfandrechts nicht den gesamten Grundstückswert, dann konnte der Eigentümer die übrig bleibenden Wertteile an andere Gläubiger verpfänden. Ging dann das ihnen vorgehende Pfandrecht unter, dann rückten sie nicht vor. Es haftete nur der ihnen verpfändete Wertteil. Durch diese Regelungen entstanden freie Stellen, über die der Eigentümer verfügen konnte. In diesen Vorschriften war schon das Prinzip der "Wertparzelle" enthalten, auf dem auch die im BGB geregelte Eigentümerhypothek bzw. -grundschuld fußt.⁴⁾

Die neuere Satzung stellte ursprünglich eine reine Sachhaftung dar. Der Gläubiger konnte sich nur an das Pfand halten. Wurde seine Forderung durch die Pfandverwertung nicht voll befriedigt, besaß er wegen des Ausfalls keine Forderung gegen den Eigentümer. Eine Haftung des Eigentümers auf Ersatz des Ausfalls bestand nur, wenn sie besonders vereinbart war. Manche Rechte erlaubten aber schon im Mittelalter dem Satzungsgläubiger kraft Gesetzes, sich wegen des

1) MITTEIS-LIEBERICH Kap. 36 III, 28 III; O.v.GIERKE SachenR § 155 III (S. 818 ff.) ders.Schuld und Haftung § 4 I 2 b (S. 30 ff.); HÜBNER §§ 30, 53 IV; PLANITZ Germ. Rechtsgesch. S. 215

2) O.v.GIERKE Schuld und Haftung § 4 I 2 b (S. 32)

3) MITTEIS-LIEBERICH Kap. 36 III, 2, 3 V 2; O.v.GIERKE SachenR. § 155 III (S. 821 ff.); ders.Schuld und Haftung § 4 I 2 b (S. 32/33); HÜBNER §§ 53 IV (S. 410), 54 II 2 d (S. 418)

4) MITTEIS-LIEBERICH Kap. 36 III 2,3,V 2; O.v.GIERKE SachenR § 155 III (S. 821 ff.); ders.Schuld und Haftung § 4 I 2 b (S.32/33); HÜBNER §§ 53 IV (S. 410), 54 II 2 d (S. 418)

Ausfalls an das übrige Vermögen des Eigentümers zu halten.¹⁾

Der älteren wie der neueren Satzung war gemeinsam, daß ihr rechtlicher Bestand vom Bestehen der gesicherten Forderung nicht abhängig war. Sie waren also nicht-akzessorische Rechte.

c) Rentenkauf

Durch den Rentenkauf des deutschen Rechts erwarb der Gläubiger gegen Kapitalhingabe eine Rente, zu deren Entstehung die Rente aufgelassen und gebucht werden mußte. Der Rentenberechtigte erhielt die sofortige Gewere am Bezugsrecht sowie anwartschaftliche am Grundstück. Für die Rentenleistungen, sogar für die Rückstände aus der Zeit früheren Eigentums, haftete das Grundstück. Der Rentenkauf stand dem Pfandrecht nahe, da das Grundstück auch für jenes Recht dinglich wie ein Pfand haftete.²⁾

Die neuere Satzung und der Rentenkauf unterschieden sich dadurch, daß die neuere Satzung das Grundstück für eine außerhalb des sachenrechtlichen Verhältnisses stehende Schuld haftbar machte, während der Rentenkauf eine aus dem Grundstück zu erfüllende dingliche Schuld begründete. Die neuere Satzung eignete sich nur zur Sicherung der auf einmalige Leistung errichteten Forderungen. Der Rentenkauf hingegen erfüllte die Aufgabe einer Kapitalanlage, die laufende Rentenleistungen erbrachte.³⁾

d) Die "Hypothek" des hamburgischen und lübischen Rechts

Die Landesgesetzgebung in Hamburg und Lübeck knüpfte an diese Rechtsformen der Satzung sowie des Rentenkaufs an und entwickelte hieraus ein nicht-akzessorisches Grundpfandrecht, das sie Hypothek nannte.

Das Ergebnis der Rechtsentwicklung in diesen Gebieten ergibt sich am deutlichsten aus dem hamburgischen Gesetz über Grundeigentum und Hypotheken vom 4. Dezember 1868. Nach diesem Gesetz wurde der Realkredit durch Hypothekenposten vermittelt. Sie gliederten sich in Kapital- und Renteposten. Eine Forderung, deren

1) O.v.GIERKE SachenR § 155 III (S. 823); ders. Schuld und Haftung § 4 I 2 b (S. 32/33); HÜBNER § 53 IV (S. 411)

2) MITTEIS-LIEBERICH Kap. 36 III 4, 35 I

3) O.v.GIERKE SachenR § 155 IV (S. 825); BESELER § 101 I 2

Sicherung die Eintragung bezweckte, war in dem Gesetz nicht erwähnt.¹⁾ Der Anspruch aus einem eingetragenen Posten hatte seinen Rechtsgrund lediglich in der Eintragung. Die Eintragung war nicht nur ein Erfordernis des formellen Rechts zum Erwerb des Rechts, sondern sie ließ unabhängig davon, ob die Voraussetzungen für die Eintragung gegeben waren oder nicht, die Rechtsänderung eintreten (Grundsatz der formalen Rechtskraft des Buchinhalts). Der Anspruch konnte vom Eigentümer nur in beschränktem Umfang angewendet werden. Da er gegen die Eintragung mit sachenrechtlichen Ansprüchen nicht vorgehen konnte, besaß er nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Erwerber des Grundpfandrechts, wenn durch dessen Eintragung sein Eigentumsrecht zu Unrecht mit diesem Recht belastet war.²⁾ Sein Anspruch ging auf Bewilligung einer die Rechtsverletzung beseitigenden neuen Einschreibung. Wegen seines obligatorischen Charakters versagte der Anspruch gegen Dritte, wenn der Verpflichtete zu Gunsten Dritter über das für ihn eingetragene Recht oder aufgrund dieses Rechts verfügt hatte. Dritte hafteten nur, wenn sie aus einer von ihnen begangenen unerlaubten Handlung besonders verpflichtet waren.³⁾

Das Grundpfandrecht war nach dem hamburgischen Gesetz ein selbständiges nicht-akzessorisches Recht, durch welche das Grundstück belastet und zugleich eine subsidäre Zahlungspflicht des Eigentümers hervorgerufen wurde.⁴⁾ Der Eigentümer war dem Gläubiger persönlich zahlungspflichtig, wenn die Zwangsvollstreckung in das Grundstück keinen Erfolg hatte.⁵⁾ Um das Grundpfandrecht besonders umlauffähig zu machen, war es zum Briefrecht ausgestaltet.⁶⁾

Lübeck besaß keine Kodifikation des materiellen Grundpfandrechts. Die meist nur die Einrichtung der Bücher und das Verfahren regelnden Gesetze ließen jedoch keinen Zweifel darüber, daß das Grundpfandrecht im wesentlichen ebenso wie in Hamburg aufge-

1) vgl. Gesetz vom 4. Dez. 1868 (Gesetzsammlung der freien und Hansestadt Hamburg 1868 (3. Band) 1. Abteilung S. 88 - 107) §§ 11, 28, 31, 33, 34

2) vgl. Gesetz vom 4. Dez. 1868 §§ 2, 3, 6, 11, 28, 31, 33, 34

3) vgl. Gesetz aaO. §§ 2, 3, 6, 28

4) vgl. Gesetz aaO. §§ 2, 3, 6, 28, 33, 34

5) vgl. Gesetz vom 4. Dez. 1868 §§ 33, 34, 31

6) vgl. Gesetz aaO. § 35

faßt wurde.¹⁾

Da dieses nicht-akzessorische Grundpfandrecht in Verbindung mit dem Grundsatz der formalen Rechtskraft des Buchinhalts eine starke Gläubigerstellung mit klar abgegrenzten Rechten schuf, wirkte es auf den Kreditverkehr günstig. Der Gläubiger konnte ohne Gefahr sein Geld in Grundpfandrechten anlegen. Nirgendwo funktionierte der Realkredit so gut in Deutschland wie in Hamburg und Lübeck. Die hamburgischen und lübischen Gesetze galten als so vorbildlich, daß ihre Regelung in den Grundzügen von der Mecklenburgischen Gesetzgebung²⁾ übernommen wurde. Sie übten über die mecklenburgischen

1) vgl. die Stadtbuchs-Ordnung der freien Hansestadt Lübeck vom 6. Juni 1818 (Sammlung der Lübeckischen Verordnungen und Bekanntmachungen 3. Band (1818 - 1821) S. 19 - 38);

die (lübische) Hypotheken-Ordnung für das Stadtgebiet vom 22. März 1820 (Sammlung der Lübeckischen Verordnungen und Bekanntmachungen 3. Band (1818 - 1821) S. 120 - 138);

die (lübische) Verordnung, betreffend die persönliche Haftungspflicht der Eigner von Grundstücken und anderen denselben gleichgestellten Gegenständen für die in öffentlichen Hypothekenbüchern darauf eingetragenen Schulden und Lasten, ingleichen die Aufhebung einiger stadtrechtlicher Bestimmungen hinsichtlich der Renten, vom 25. März 1848 (Sammlung der Lübeckischen Verordnungen und Bekanntmachungen 15. Band (1848) S. 13 - 16);

die Hypotheken-Ordnung für den Lübeckischen Freistaat vom 5. Mai 1880 (Sammlung der Lübeckischen Verordnungen und Bekanntmachungen 47. Band (1880) S. 73 - 86).

2) vgl. § 16 der (mecklenburg-schwerinschen) revidierten Hypotheken-Ordnung für Landgüter vom 18. Oktober 1848 (Großherzoglich Mecklenburg-Schwerinsches offizielles Wochenblatt 1848 Nr. 51 S. 335 sowie die (amtliche) Beilage zu dieser Nummer des Wochenblattes),

§ 19 der (mecklenburg-schwerinschen) revidierten Stadtbuch-Ordnung vom 21. Dezember 1857 (Regierungs-Blatt für das Großherzogtum Mecklenburg-Schwerin 1857 Nr. 39 S. 245 sowie die (amtliche) Beilage zu dieser Nummer des Regierungs-Blattes),

§ 12 der (mecklenburg-strelitzschen) revidierten Hypotheken-Ordnung für den Privatgrundbesitz in den Domänen und im Cabinetsamte vom 24. Dezember 1872 (Großherzoglich Mecklenburg-Strelitzscher Offizieller Anzeiger für Gesetzgebung und Staatsverwaltung 1873 Nr. 1 S. 1 - 2 sowie die (amtliche) Beilage zu dieser Nummer des Offiziellen Anzeigers)

Gesetze auf die Gestaltung eines nicht-akzessorischen Grundpfandrechts im preußischen Recht und im BGB Einfluß aus.

2) Das in Mecklenburg geltende Recht

Die zweite Gruppe der Rechtsgebiete in Deutschland, welche das Grundpfandrecht als nicht-akzessorisches Recht gestalteten, bildete Mecklenburg.

a) Die "Hypothek" des mecklenburgischen Rechts

Nach § 16 der revidierten Hypothekenordnung für Landgüter vom 18. Oktober 1848¹⁾ wurde bestimmt, daß "durch die Eintragung keine bloßen Sicherheitsrechte, sondern selbständige dingliche Belastungen des Gutes entstehen". Der Antrag auf Eintragung konnte gestellt werden, ohne daß eine gesicherte persönliche Forderung zu bestehen brauchte.²⁾ Dieses Recht wurde als "Hypothek" bezeichnet, während es tatsächlich ein nicht-akzessorisches Recht war.³⁾ Um es besonders umlauffähig zu machen, wurde es zum Briefrecht ausgestellt.⁴⁾ Der Eigentümer konnte das Recht für sich selbst eintragen lassen.⁵⁾

Die vorstehend genannte Regelung war - meist wörtlich - in § 19 der revidierten Stadtbuchordnung vom 21. Dezember 1857⁶⁾ sowie in § 12 der revidierten Hypothekenordnung für den Privatgrundbesitz in den Domänen usw. von Mecklenburg-Strelitz vom 24. Dezember 1872⁷⁾ enthalten. Die übrigen mecklenburgischen Hypothekenge-

- 1) (Mecklenburg-schwerinsche) revidierte Hypotheken-Ordnung für Landgüter vom 18. Oktober 1848 (Großherzoglich Mecklenburg-Schwerinsches officiellles Wochenblatt 1848 Nr. 51 S. 335 und die (amtliche) Beilage zu dieser Nummer des Wochenblattes).
- 2) § 16 der revidierten Hypothekenordnung von 1848 aaO.
- 3) vgl. §§ 10 - 30, insb. § 16 der revidierten Hypothekenordnung aaO.
- 4) vgl. §§ 13, 19, 28 - 30 der revidierten Hypothekenordnung aaO.
- 5) § 16 Ziff. 4 der revidierten Hypothekenordnung aaO.
- 6) Regierungs-Blatt für das Großherzogthum Mecklenburg-Schwerin 1857 Nr. 39 S. 245 und die (amtliche) Beilage zu dieser Nummer des Regierungs-Blattes S. 15
- 7) Großherzoglich Mecklenburg-Strelitzscher Officieller Anzeiger für Gesetzgebung und Staatsverwaltung 1873 Nr. 1 S. 1 - 2 sowie die (amtliche) Beilage zu dieser Nummer des officiellen Anzeigers

setze sprachen die Nicht-Akzessorietät des Grundpfandrechts nicht besonders aus. Doch wollten sie inhaltlich nicht von den oben genannten Gesetzen abweichen.¹⁾ Der Grundsatz der formalen Rechtskraft des Buchinhalts war in den mecklenburgischen Gesetzen im wesentlichen ebenso geregelt wie im hamburgischen Recht. Die Eintragung war demnach auch in Mecklenburg nicht nur ein Erfordernis des formellen Rechts zum Erwerb des Grundpfandrechts, sondern führte die Rechtsänderung unabhängig davon herbei, ob die Voraussetzungen der Eintragung gegeben waren oder nicht.²⁾

Nicht die geschichtliche Entwicklung wie in Hamburg und Lübeck, sondern das Bestreben, dem Grundstücksverkehr und dem Realkredit eine möglichst sichere Rechtsgrundlage zu schaffen, hat in Mecklenburg dazu geführt, ein nicht-akzessorisches Grundpfandrecht, ein Eigentümergrundpfandrecht und den Grundsatz der formalen Rechtskraft des Buchinhalts einzuführen.³⁾ Man lehnte sich an die in Hamburg und Lübeck geltende Regelung an, da es kaum irgendwo so gut mit dem Realkredit bestellt war wie in diesen Gebieten.⁴⁾

b) Die Hypothek des gemeinen Rechts.

Vorher hatte in Mecklenburg die akzessorische Hypothek des gemeinen Rechts gegolten. Dieses Recht war aus dem römisch-rechtlichen Pfandrecht hervorgegangen. Denn seit der Rezeption wurde das römische Pfandrecht als gemeines deutsches Recht betrachtet.⁵⁾ Es stand in wichtigen Punkten im Gegensatz zum hergebrachten deutschen Recht der Satzung und des Rentenkaufs. Da die Verpfändungsgeschäfte im römischen Recht keine Publizität besaßen, konnte der Kreditgeber nicht erkennen, ob der Pfandgegenstand nicht bereits anderweitig verpfändet war. Weder Besitz noch öffentliche Bekundung waren erforderlich, um das Pfandrecht entstehen zu lassen. Zur rechtsgeschäftlichen Bestellung eines besitzlosen Pfandrechts (hypotheca) genügte formloser Vertrag. Es gab im justinianischen Recht die ver-

1) MOTIVE 3, 605

2) vgl. §§ 16, 11 - 12 der revidierten Hypothekenordnung aaO.

3) vgl. §§ 16, 11 - 12 der revidierten Hypothekenordnung aaO.

4) vgl. MOTIVE 3, 608 und HEDEMANN Fortschritte 2. Teil 2.Hälfte S. 249/250

5) O.v.GIERKE SachenR § 156 I (S. 826)

tragliche und die "stillschweigende" Verpfändung.¹⁾ Die vertragliche Verpfändung setzte das Eigentum des Verpfänders, einen verpfändbaren Gegenstand, einen Pfandvertrag mit oder ohne Übergabe der Pfandsache und entsprechend der bestehenden Akzessorietät den Bestand der zu sichernden Forderung voraus. Die "stillschweigende" Verpfändung (*tacita conventio*, *tacita pactio*) leitete man aus vermutetem oder unterstelltem Parteiwillen her.²⁾ Die Fälle eines unmittelbar kraft Rechtssatz entstehenden Pfandrechts waren im Justinianischen Recht verbreitet. So mußte der Kreditgeber damit rechnen, daß die Sache mit gesetzlichen Spezial- und Generalhypothen belastet war. Eine Generalhypothek war z.B. die Hypothek der Ehefrau am Mannesvermögen wegen ihrer Forderung auf Herausgabe der dos, der Eheschenkungen und der parapherna. Weiter konnte der Pfandgläubiger mit seinem Pfandrecht dadurch ausfallen, daß die Sache nach der Bestellung seines Pfandrechts noch von einer der privilegierten Hypothen erfaßt wurde, die bei der Pfandverwertung Vorrang vor älteren rechtsgeschäftlich bestellten Pfandrechten besaßen. Solche Rangprivilegien konnten z.B. die Pfandrechte, welche öffentlich beurkundete Schulden sicherten, oder die Generalhypothek der Frau wegen ihrer Totalforderung in Anspruch nehmen. Die spätrömische Pfandrechtsordnung war also nur schlecht geeignet, den Interessen der Kreditgeber zu dienen.³⁾ Es gelang ihr aber, sich in Deutschland und so auch in Mecklenburg weitgehend durchzusetzen.⁴⁾ Die der Rezeption nachfolgende Landesgesetzgebung versuchte, die Nachteile der spätrömischen Pfandrechtsordnung durch eine gesetzliche Regelung auszuschließen, welche die Grundsätze der Spezialität und der Publizität wieder strenger durchführte. Grundpfandrechte konnten jetzt nur an bestimmten einzelnen Grundstücken bestehen. Generalhypothen wurden verboten. Die Akzessorietät der Hypothek hingegen wurde weitgehend beibehalten.⁵⁾ Durch diese Gesetzgebung war dem Kreditverkehr schon geholfen. Um aber dem Grundstücksverkauf und dem Realkredit eine

1) KASER RPR Bd. II § 250 I (S. 226)

2) KASER RPR Bd. II § 251 I (S. 228)

3) KASER RPR Bd. II §§ 250 I (S. 226), 251 I 3 - 5, II (S. 229 ff.)

4) HÜBNER §§ 54 II 2 e (S. 420), 54 I (S. 413 ff.)

5) MOTIVE 3, 605; HÜBNER § 54 II (S. 416 ff.); HEDEMANN Fortschritte 2. Teil 2. Hälfte S. 21

möglichst sichere Rechtsgrundlage zu schaffen, ist die Mecklenburgische Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts noch einen Schritt weiter gegangen und hat das Grundpfandrecht zu einem nicht-akzessorischen Briefrecht ausgestaltet.

Diese Neuregelung im mecklenburgischen Recht hat sich bewährt. Um den Realkredit war es in der Folgezeit in Mecklenburg besonders gut bestellt. Die mecklenburgische Regelung galt neben der hamburgischen und lübischen in Deutschland als vorbildlich. Sie wurde von der Preußischen Gesetzgebung übernommen und übte auch auf die Ausgestaltung eines nicht-akzessorischen Grundpfandrechts im BGB Einfluß aus.¹⁾

3) Das im preußischen Rechtskreis geltende Recht

Die dritte Gruppe bildeten die Gesetze, welche die Grundschuld als nicht-akzessorisches Grundpfandrecht neben der Hypothek als akzessorischem Recht regelten. In diese Gruppe fielen das preußische Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872²⁾ und die gleichnamigen Gesetze für Oldenburg (mit Ausschluß des Fürstentums Birkenfeld), für Coburg-Gotha, für Waldeck und Pyrmont, für Lippe und für Schaumburg.³⁾

a) Die Grundschuld des preußischen Rechts

Das preußische Eigentumserwerbsgesetz hatte zu der akzessorischen Hypothek des Allgemeinen Landrechts aus der Mecklenburgischen Gesetzgebung die nicht-akzessorische "Hypothek" übernommen. Dieses Recht wurde im preußischen Recht als Grundschuld

1) vgl. MOTIVE 3, 608

2) Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten 1872 S. 433 - 445

3) Es sind abgedruckt:

das Gesetz für Oldenburg in: Gesetzblatt für das Herzogthum Oldenburg 1876 Nr. 35 S. 124 - 141 (Gesetz vom 3. April 1876);

das Gesetz für Coburg-Gotha in: Gesetzssammlung für das Herzogthum Coburg 1877 Nr. 838 (Gemeinschaftliche Gesetzssammlung für die Herzogthümer Coburg und Gotha Nr. 340) S. 15 - 32 (Gesetz vom 1. März 1877);

das Gesetz für Waldeck und Pyrmont in: Fürstlich Waldeckisches Regierungs-Blatt 1881 Nr. 3 S. 7 - 14, 17 - 25 (Gesetz vom 25. 1. 1881);

das Gesetz für Lippe in: Gesetz-Sammlung für das Fürstenthum Lippe 1882 Nr. 16 S. 507 - 520 (Gesetz vom 27. Juli 1882);

das Gesetz für Schaumburg in: Schaumburg-Lippische Landesverordnungen 1884 Nr. 9 S. 427 - 446 (Gesetz vom 26. August 1884).

bezeichnet (vgl. den dritten Abschnitt (§§ 18 - 67) des Eigentumserwerbgesetzes vom 5. Mai 1872). Das preußische Eigentumserwerbsgesetz enthielt zwar weder eine Begriffsbestimmung der Hypothek noch der Grundschild. Die einzelnen Vorschriften des Gesetzes brachten aber deutlich zum Ausdruck, daß die Hypothek das zur Sicherung einer Forderung dienende Grundpfandrecht, die Grundschild dagegen das von einer Forderung unabhängige Recht auf Beibehaltung einer bestimmten Summe aus dem Grundstück sein sollte. Beide Rechte waren gemäß dem Eintragungs- und dem Konsensprinzip gestaltet. Die Grundschild wurde aufgrund der vom Bucheigentümer erklärten oder durch Urteil des Gerichts oder auf Ersuchen einer zuständigen Behörde ersetzten Bewilligung eingetragen. Zur Eintragung der Hypothek war außerdem die Angabe der Forderung und die Vorlegung der Schuldurkunde notwendig. Die Bestellung einer Eigentümergrundschild war zulässig (§ 27 preuß. EigterwG). Aus beiden Rechten konnte mit der dinglichen Klage gegen den Bucheigentümer vorgegangen werden. Der Eigentümer haftete nur mit dem Grundstück. Gegen Einwendungen des Eigentümers konnte sich der Gläubiger auf den Glauben des Grundbuchs berufen (§§ 18, 19, 23, 27, 28, 30, 37 preuß. EigterwG). Für Hypothek und Grundschild galt hinsichtlich dieses Punktes grundsätzlich die gleiche Regelung; doch waren nach § 38 aaO. gegen Klagen aus einer Grundschild Einreden nur soweit zulässig, als sie dem Beklagten gegen den jeweiligen Kläger unmittelbar zustanden, aus dem Grundschildbrief sich ergaben oder die Tatsachen, welche die Einrede begründeten, dem Kläger beim Erwerb der Grundschild bekannt gewesen waren.

b) Früherer Rechtszustand

Das preußische Eigentumserwerbgesetz bildete ebenso wie die mecklenburgischen Hypothekengesetze den Schlußpunkt der Entwicklung, in der man die Nachteile der aus dem römischen Recht übernommenen gemeinen Pfandrechtsordnung auszuschließen suchte. In Preußen wurde diese Entwicklung schon durch das Edikt vom 20. September 1704, durch die Hypothekenordnungen von 1722, 1750

und 1783 sowie durch das Allgemeine Landrecht eingeleitet.¹⁾ In diesen Gesetzen wurden die Grundsätze der Spezialität und Publizität wieder strenger durchgeführt. Pfandbücher, in welche die Verpfändung eingetragen werden mußte, wenn das Grundpfandrecht wirksam entstehen sollte, wurden angelegt. Die dem Spezialitätsgrundsatz widersprechenden Generalhypotheken und die *pignora tacita* wurden beseitigt. Die gesetzlichen Hypotheken wurden in Ansprüche auf Eintragung von Hypotheken umgeformt.²⁾

Durch die Übernahme der nicht-akzessorischen "Hypothek" des mecklenburgischen Rechts wollte man sich in Preußen die Vorteile dieses Rechts zunutze machen. Diese Übernahme hat sich bewährt.

- 1) Das Edikt vom 20. September 1704 ist abgedruckt in: *Corpus constitutionum marchicarum* usw., herausgegeben von MEYLIUS, II. Teil 2. Abteilung Nr. XXI S. 41 - 42;

die Hypothec- und Concurs-Ordnung vom 4. Feb. 1722 ist abgedruckt in: *Corpus constitutionum marchicarum* usw., herausgegeben von MEYLIUS, II. Teil 2. Abteilung Nr. XXXIX S. 103 - 166;

die "Allgemeine Ordnung vor das souveraine Herzogthum Schlesien, wornach die Land- und Hypotheken-Bücher über unbewegliche Güter zur Sicherheit der Eigentümer und Creditorum einzurichten sind", vom 4. August 1750 sowie das (an die Obergerichte, Landschaften und Regierungen bzw. Justizkollegien der Preuß. Staaten gerichtete) Circulare, "wodurch befohlen wird, die in Schlesien publicirte allgemeine Land- und Hypotheken-Ordnung vom 4ten Aug. 1750 zu beobachten, so weit in derselben etwas zur Sicherheit derer Creditorum disponirt und applicabel ist", vom 25. Sept. 1750 sind abgedruckt in: *Corpus constitutionum marchicarum* usw., herausgegeben von MEYLIUS, *continuatio* IV Nr. CIII S. 265 - 283;

die Allgemeine Hypothekenordnung für die gesamten Königl. Staaten vom 20. Dezember 1783 ist abgedruckt in: *Neue Sammlung Königl. Preuß. usw. Ordnungen* usw. von 1782 - 1785 (7. Band) Nr. LIX S. 2566 - 2691;

das "Patent, wegen Publication des allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten" vom 5. Feb. 1794 ist abgedruckt in: *Neue Sammlung Königl. Preuß. usw. Ordnungen* usw. von 1791 - 1795 (9. Band) Nr. 8 S. 1873 - 1888.

Der Text des allgemeinen Landrechts ist außerhalb der Gesetzsammlung bekannt gemacht worden, vgl. KOCH *Allgemeines Landrecht*, Komm., Anm. 1 zum Patent (S. 1).

Vgl. im übrigen: MITTEIS-LIEBERICH Kap. 36 IV 5; O.v.GIERKE *SachenR* § 156 III 1 (S. 832); HÜBNER § 54 II (S. 416 ff.); HEDEMANN *Fortschritte* 2. Teil 2. Hälfte S. 17 ff., 255 ff.

- 2) MITTEIS-LIEBERICH Kap. 28 IV 2 c und 36 IV 4, 5; HÜBNER § 54 II 2 (S. 417/418)

Wie das Grundpfandrecht in Mecklenburg, Hamburg und Lübeck galt auch die Grundschild des preußischen Rechts als so vorbildlich, daß sie in ihren Grundzügen ins BGB übernommen wurde.¹⁾

D. Die Gründe für die Übernahme der Grundschild in das BGB.

Der Gesetzgeber des BGB knüpfte an das in Hamburg, Lübeck, Mecklenburg und Preußen geltende nicht-akzessorische Grundpfandrecht an und übernahm dessen grundsätzliche Regelung in das BGB. Die Grundschild des BGB entsprach also dem in diesen Gebieten geltenden Landesrecht.²⁾ Besonders die preußische Regelung diente als unmittelbares Vorbild. Nur in Hamburg und Lübeck ging das Gläubigerrecht insofern weiter, als der Eigentümer, wenn die Zwangsvollstreckung in das Grundstück keinen Erfolg hatte, persönlich dem Gläubiger zahlungspflichtig war.³⁾ Die Übernahme dieser Vorschrift in das BGB wurde abgelehnt. Bei Zulassung einer akzessorischen Hypothek neben der Grundschild bestehe kein Bedürfnis, noch eine Zahlungspflicht des Eigentümers, die mit der dinglichen Natur der Grundschild nicht in Einklang stehe, zu bestimmen. Auch würde diese Zahlungspflicht den Gegensatz zwischen beiden Rechten erheblich abschwächen und verdunkeln.⁴⁾

Nach den Motiven und Protokollen zum BGB ließ sich der Gesetzgeber bei der Übernahme der Grundschild aus den Landesgesetzen von folgenden wirtschaftlichen und rechtlichen Gründen leiten:

- (a) Die Grundschild habe sich in der Praxis der Länder bewährt. Mit dem Realkredit sei es kaum irgendwo so gut wie in Mecklenburg, Hamburg und Lübeck bestellt. Selbst in Preußen, wo weit mehr Hypotheken als Grundschilden zur Eintragung gelangt seien, seien abfällige Urteile über die Grundschild, die sich auf ungünstige Erfahrung stützten, nicht zu verzeichnen.⁵⁾

1) MOTIVE 3, 608, 605/606

2) MOTIVE 3, 779/780

3) vgl. S. 11/12

4) MOTIVE 3, 780, 611

5) MOTIVE 3, 608

- (b) Der Eigentümer habe ein Interesse daran, Kapital aufzunehmen, ohne sich persönlich haftbar machen zu müssen. Diesem nicht unberechtigten Interesse könne nur im Rahmen der Grundschild genügt werden. Die Hypothek, die zur Sicherung eines abstrakten Schuldversprechens bestellt sei, könne zwar den Gläubiger allgemein und, wenn die Forderung auf einem besonderen Verpflichtungsgrunde beruhe, wenigstens den dritten Inhaber der Hypothek ebenso günstig stellen wie die Grundschild. Aber dem Interesse des Eigentümers könne nur durch die Grundschild gedient werden.¹⁾
- (c) Die Grundschild sei aber auch deswegen von Wert, weil die Eigentümerhypothek nur bei Anerkennung des "Dogmas von der Selbständigkeit des hypothekarischen Rechts" sich angemessen in das Rechtssystem einfügen lasse.²⁾
- (d) Die Schwierigkeiten der juristischen Konstruktion hindere nicht, die Grundschild zu übernehmen. Es sei nicht erwiesen, daß diese Schwierigkeiten irgendwo zu einer Rechtsunsicherheit geführt hätten. Selbst wenn dies der Fall wäre, so würde daraus nur folgen, daß bei der Regelung der Grundschild darauf Bedacht zu nehmen wäre, den hervorgetretenen Unzuträglichkeiten durch entsprechende Bestimmungen vorzubeugen. Im übrigen sei die juristische Konstruktion Aufgabe der Wissenschaft.¹⁾
- (e) Die Abschaffung der Grundschild würde sich in den Gebieten, in denen sie sich eingebürgert habe, wahrscheinlich sehr nachteilig auf den Verkehr auswirken. Auch habe die Reichsgesetzgebung mit den landesrechtlichen nicht-akzessorischen Grundpfandrechten noch weit über ein Menschenalter hinaus zu rechnen, ohne daß sie den Vorschriften des BGB über die Hypotheken unterworfen werden könnten. Das Landesrecht würde also neben dem BGB noch lange Zeit für einen großen Teil des Grundpfandverkehrs maßgebend bleiben. Hierin läge aber ein Übelstand, der nicht nur die Rechtseinigung in Deutschland schwer beeinträchtigen, sondern auch mit mancherlei Unzuträglichkeiten und Gefahren für den Kreditnehmer verbunden sein würde.¹⁾

1) MOTIVE 3, 610

2) MOTIVE 3, 610, 612

- (f) Der Einwand, geschäftsunkundige und unerfahrene Leute seien Gefahren ausgesetzt, wenn ihnen das Gesetz Möglichkeiten eröffne, mit Kapitalien, welche sie nicht schuldig seien, ihre Grundstücke zu belasten, gehe weit über sein Ziel hinaus. Denn er treffe in gleicher Weise auch die Hypothek, wenn die Hypothekenforderung auf einem abstrakten Schuldanerkenntnis oder Schuldversprechen beruhe. Die Gefahr liege nicht so sehr im "Selbständigkeitsdogma", welches in der Grundschild zur Geltung komme, als vielmehr in der Loslösung des Rechtsverhältnisses von dessen obligatorischem Grunde. Eine Gesetzgebung aber, welche die allgemeine Wechselfähigkeit und die Gültigkeit abstrakter Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse nicht ablehne, dürfe die Grundschild nicht aus Scheu vor dem Mißbrauch zurückweisen, der mit ihr getrieben werden könne.¹⁾
- (g) Man regele im BGB als verkehrsfähiges Grundpfandrecht nicht nur die Grundschild, sondern auch eine verkehrsfähige akzessorische Hypothek, um die verschiedenen landesrechtlichen Kreditformen beizubehalten. Dieses erleichtere die Einführung des BGB, da es an das geltende Recht anknüpfe. Bei Beseitigung der verkehrsfähigen akzessorischen Hypothek befürchte man, daß der Kreditverkehr in den Gebieten, in denen sie gebräuchlich sei, empfindlich gestört werde.²⁾

II. Verwendung der Grundschild im heutigen Rechtsleben.

1) Allgemeines über die Verwendung der Grundschild

Nach Inkrafttreten des BGB wurde die Grundschild anfangs nur in den Gebieten verwendet, in denen sie gemäß der früheren landesrechtlichen Regelung gebräuchlich war, so in Hamburg, Lübeck, Mecklenburg und Preußen.³⁾ In den übrigen Gebieten hielt man sie für überflüssig oder begegnete ihr mit Mißtrauen. Teilweise befürchtete man sogar, daß die "stärkeren Rechte des Grundschildinhabers" überhaupt nur dann von Wert seien, wenn er Mißbrauch treiben wolle.⁴⁾ Man verkannte, daß hinsichtlich der Geltendmachung und des gutgläubigen Erwerbs zwischen Verkehrshypothek und Grund-

1) MOTIVE 3, 610

2) PROTOKOLLE S. 791, 794

3) FELEGENTRAEGER Festschrift für E.v.GIERKE S. 144; HECK SachenR § 100, 1 (S. 411); POLZIN AcP 134, (1931), 219, 220

4) RHEINSTEIN JW 1932, 1759

schuld kein Unterschied besteht. Denn einerseits gelten für die Hypothek nach § 1138 BGB die Vorschriften der §§ 891 bis 899 BGB auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 BGB zustehenden Einreden. Andererseits kann auch der Geltendmachung der Grundschild eine Einrede aus dem Sicherungsvertrag, aus ungerechtfertigter Bereicherung oder aus einem sonstigen Schuldverhältnis entgegengesetzt werden, wenn die Grundschild nicht oder nicht mehr valutiert ist bzw. wenn sie dem Gläubiger sonstwie ohne Rechtsgrund zusteht (vgl. §§ 1157, 1192 Abs. 1 BGB). Die Grundschild ist also hinsichtlich ihrer Geltendmachung und des gutgläubigen Erwerbs für den Eigentümer nicht gefährlicher als die Verkehrshypothek. Deshalb sahen die Kommission, welche den ersten Entwurf des BGB ausarbeitete, J.v.GIERKE, ENDEMANN¹⁾ und andere die Gefahr des Mißbrauchs der Grundschild zu Recht als sehr gering an.

Allmählich verschwand die Abneigung gegen die Grundschild und machte einer sachlichen Beurteilung Platz. So ist man in der Zeit vor dem zweiten Weltkrieg und insbesondere in der Zeit nach diesem Krieg vornehmlich im Kreditgewerbe dazu übergegangen, sich für kurz- und mittelfristige Kredite überwiegend Grundschilden bestellen zu lassen.²⁾ Unter kurzfristigen Krediten werden Kredite mit einer Laufzeit bis zu drei Monaten und unter mittelfristigen Krediten solche mit Laufzeiten bis zu sechs Monaten verstanden. Für die langfristigen Kredite (Laufzeiten über sechs Monate) verwendete man auch im Kreditgewerbe weiterhin vorwiegend Hypotheken.³⁾ Doch hat sich der Anteil der Grundschilden auch bei dieser Kreditart im letzten Jahrzehnt laufend erhöht und betrug im Jahre 1959 ungefähr die Hälfte der bestellten Grundpfandrechte. Die Geschäftsbanken, die sich fast ausschließlich dem kurzfristigen Kreditgeschäft widmen,⁴⁾ sind als erste dazu

1) MOTIVE 3, 608; J.v.GIERKE SachenR 59 I 2; ENDEMANN SachenR § 132 Fußnote 3 (S. 883/884)

2) vgl. FELGENTRAEGER Festschrift für J.v.GIERKE S. 144; FEUERHERDT Blätter für Genossenschaftswesen 1959, 223 ff.

3) so auch FELGENTRAEGER aaO. S. 142 für die Zeit vor 1948

4) So betrugen z.B. bei der DEUTSCHEN BANK die langfristigen Ausleihungen am 31. 12. 1960 nur 6,2 % (= 0,4 Mrd.DM) des Kreditvolumens (= 7 Mrd.DM), vgl. Kurzbericht der DEUTSCHEN BANK über die Entwicklung im Jahre 1960, S. 3.

übergegangen, sich nur noch Grundschulden bestellen zu lassen. Die übrigen Kreditinstitute wie SPARKASSEN, die anderen öffentlich-rechtlichen Kreditanstalten und gewerblichen Kreditgenossenschaften (VOLKSBANK)¹⁾ folgten ihnen im kurz- und mittelfristigen Kreditgeschäft. Auch im langfristigen Kreditgeschäft wird in absehbarer Zeit nur noch die Grundschuld verwendet werden, da mit der Grundschuld die Zwischenfinanzierung leichter durchgeführt werden kann.

Der Gebrauch von Grundschulden hat für die Kreditinstitute den Vorteil, daß die gesicherte Forderung durch formlose Vereinbarung ausgewechselt werden kann. Weiter kann die Grundschuld gleichzeitig mehrere Forderungen sichern. Bei der Hypothek hingegen ist für die Forderungsauswechselung Einigung und Eintragung (§ 1180 BGB) erforderlich. Die Hypothek kann auch nur eine Forderung sichern. Für jede Forderung muß eine eigene Hypothek bestellt werden. Weiter kann die Grundschuld wegen ihrer Unabhängigkeit von der zu sichernden Forderung wechselnde und unbestimmte Kredite sichern. Im Bankverkehr und teilweise auch bei den übrigen Kreditinstituten (wie z.B. bei den VOLKSBANKEN) läßt man sich deshalb auch keine Höchstbetragshypothek mehr bestellen.²⁾ Die Grundschuld erfüllt deren Aufgabe genau so gut. Sie hat für die Banken außer den genannten Vorteilen noch den, daß der Eigentümer sich der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld unterwerfen kann, während das bei der Höchstbetragshypothek für die wechselnde Forderung nicht möglich ist (§ 794 Ziff. 5 ZPO).³⁾ Denn der Anspruch aus der Höchstbetragshypothek geht nicht auf

Zahlung einer bestimmten Geldsumme. Vielmehr ist es nach dem Inhalt der Hypothek ungewiß, ob und zu welchem Betrag eine Geldforderung aufgrund ihrer Eintragung geltendgemacht werden kann. Auch dadurch, daß ein bestimmter Höchstbetrag eingetragen ist, hat der Gläubiger einen bestimmten Anspruch nicht erlangt. Der Höchstbetrag gibt vielmehr nur die Grenze an, bis zu welcher der Gläubiger, wenn und soweit er seine Forderung erlangt, gesichert wer-

1) FEUERHERDT Blätter für Genossenschaftswesen 1959, 223 f.

2) WESTERMANN SachenR § 111 I 1; FELGENTRÄGER Festschrift für J.v.GIERKE S. 145, 154; FEUERHERDT Blätter für Genossenschaftswesen 1959, 223 ff.

3) WESTERMANN SachenR § 111 I 1

den soll.¹⁾ Der Eigentümer kann sich auch in der Weise unterwerfen, daß die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer zulässig sein soll, § 800 ZPO. Die Unterwerfung bedarf in diesem Fall der Eintragung in das Grundbuch, § 800 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Da die Höchstbetragshypothek Sicherungshypothek ist (§ 1190 Abs. 3 BGB), hat der Gläubiger bei dieser Hypothek die Beweislast für das Bestehen und die Höhe der Forderung (§ 1184 Abs. 1 BGB), während bei der Grundschild den Eigentümer die Beweislast trifft.²⁾ Auch kann die Grundschild, nicht aber die Höchstbetragshypothek als verzinsliches Recht bestellt werden (vgl. §§ 1190 Abs. 2, 1191 Abs. 2 BGB). Im kurz- und mittelfristigen Geschäft mit ihren häufigen wechselnden Krediten kommen somit die Vorteile der Grundschild besonders zur Geltung. Daß diese Vorteile in der Praxis bekannt wurden, ist dem Einfluß der Formularbücher, insbesondere dem Bankgeschäftlichen Formularbuch (herausgegeben von TROST-SCHÜTZ) zuzuschreiben. In ihnen wird seit Ende der zwanziger Jahre bzw. Anfang der dreißiger Jahre die Verwendung der Grundschild empfohlen. Der von diesen Büchern ausgehende vereinheitlichende Einfluß ist beachtlich.³⁾ Die Kreditinstitute pflegen sich weitgehend nach ihren Empfehlungen zu richten.

Bei der kurz- und mittelfristigen Kreditsicherung wird häufig die ursprüngliche (offene) Eigentümerbriefgrundschild (§ 1196 BGB) verwendet.³⁾ Der Eigentümer kann sie zur Sicherung verwenden, ohne daß aus dem Grundbuch ersehen werden kann, an wen sie abgetreten wurde. Die Briefgrundschild wird durch schriftliche Abtretungserklärung und Übergabe des Grundschildbriefes übertragen (§§ 1154, 1192 Abs. 1 BGB). Das erwerbende Kreditinstitut wahrt die Diskretion und läßt sich regelmäßig nicht im Grundbuch als Grundschildgläubiger eintragen, obwohl es das an sich tun könnte (vgl. §§ 1154, 1192 Abs. 1, 894 BGB, §§ 22, 26 GBO).

Aber auch im langfristigen Kreditgeschäft hat die Grundschild gegenüber der Hypothek den Vorteil, daß sie zur Sicherung mehrerer Forderungen verwendet werden kann. Bei teilweise getilgtem Kredit kann die Grundschild entsprechend diesem Wert zur

1) FELGENTRAEGER S. 157; BAUMBACH-LAUTERBACH ZPO-Komm. § 794 Anm. 7 B; KGJ 28 A 145 (149/150)

2) WESTERMANN SachenR § 111 I 1

3) FELGENTRAEGER Festschrift für J.v.GIERKE S. 144

zur Abdeckung eines neuen Kredits gebraucht werden, ohne daß Umschreibungen im Grundbuch vorgenommen werden müssen. Die Hypothek hingegen steht in der Höhe, in der die Hypothekenforderung getilgt ist, dem Eigentümer als Eigentümergrundschild zu (§§ 1163, 1177 BGB). Soll mit dieser Eigentümergrundschild ein neuer Kredit abgedeckt werden, muß erst eine Grundbuchberichtigung mit Eintragung des Eigentümers als Gläubiger der Eigentümergrundschild und anschließend ihre Übertragung unter gleichzeitiger Umwandlung in eine Hypothek vorgenommen werden (§§ 1163, 1177, 894, 1198 BGB).¹⁾ Ein solches Verfahren kostet Geld und Zeit, das man durch die Bestellung einer Grundschild vermeiden kann. Aber selbst wenn man die Grundschild nicht zur Sicherung eines weiteren Kredits verwenden will, hat sie auch bei der Sicherung langfristiger Forderungen gegenüber der Tilgungshypothek den Vorteil, daß bei ihr die Tilgungsleistungen keine einzelnen Eigentümergrundschilden in Höhe dieser Leistungen entstehen lassen, wie das bei der Tilgungshypothek der Fall ist (vgl. §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 BGB). Die Tilgungshypothek ist eine Hypothek, bei der das Kapital der Hypothekenforderung in regelmäßigen Raten zurückzuzahlen ist. Die Schwierigkeiten bei der Tilgungshypothek beruhen darauf, daß der Regelung des BGB in den §§ 1163, 1177 die Annahme zugrunde liegt, die Rückzahlung des Kapitals erfolge in einer Zahlung oder in wenigen Zahlungen mit hohen Beträgen.²⁾ Auf eine derartige tatsächliche Lage, nicht aber auf die laufenden Tilgungsleistungen mit kleinen Beträgen, ist die rechtliche Regelung abgestellt. Die Bildung der einzelnen Eigentümergrundschilden macht sich nachteilig bemerkbar, wenn während der Laufzeit der Hypothek das Grundstück mehrfach veräußert und die jeweils durch die Tilgungsleistungen entstandenen Eigentümergrundschilden nicht mitübertragen werden. Die Übertragung dieser Eigentümergrundschilden wird bei der Übertragung des Grundstücks meist vergessen.³⁾ Werden sie nicht mitübertragen, verbleiben sie als Fremdgrundschilden den ehemaligen Eigentümern. Jeder Eigentümer hat die Grundschilden erworben, die zu der Zeit seines Eigentums entstanden

1) KGJ 45, 285; PALANDT-HOCHE § 1177 Anm. 3 b; § 894 Anm. 6 b; WESTERMANN SachenR § 113 II 1

2) WESTERMANN SachenR § 113 I

3) WESTERMANN SachenR § 113 II 1

sind. Wenn nun nach Abschluß der Tilgungen die ehemalige Hypothek, die jetzt in unzählige Grundschulden, teils Fremdgrundschulden, teils Eigentümergrundschulden, aufgelöst ist, gelöscht werden soll, dann muß jeder dieser Grundschuldgläubiger für die ihm gehörigen Rechte Löschungsbewilligungen erteilen.¹⁾ Das gleiche gilt, wenn die einzelnen Grundschulden wieder zu einem einheitlichen Recht zusammengefaßt und übertragen werden sollen. Wenn das Grundstück mehrfach übertragen wurde, dürfte es schon allein aus tatsächlichen Gründen schwierig sein, in kurzer Zeit die Bewilligungen aller Grundschuldgläubiger zu erhalten. Diese Schwierigkeiten werden bei der Grundschuld vermieden. Die Tilgung des gesicherten Darlehns läßt nur die Forderung erlöschen. Nach Abschluß der Tilgungen wird die Grundschuld als Ganzes auf den Eigentümer zurückübertragen. Die Aufteilung in einzelne Eigentümergrundschulden infolge der Tilgungsleistungen unterbleibt. Aus diesen Gründen dürfte man in Zukunft im Kreditgewerbe noch mehr als bisher auch bei der langfristigen Finanzierung dazu übergehen, sich Grundschulden bestellen zu lassen.

Die Kreditanstalten und sonstigen Unternehmen, die sich mit der langfristigen Finanzierung (Kredite mit Laufzeiten über sechs Monate) befassen und herkömmlicherweise vorwiegend nur Hypotheken verwenden, sind Sparkassen, die übrigen öffentlich-rechtlichen Kreditanstalten, die privaten Hypothekenbanken, die Versicherungsunternehmen und zum Teil auch die Bausparkassen.²⁾ Von manchen dieser Unternehmen wird irrtümlicherweise angenommen, ihnen sei die Verwendung der Hypothek gesetzlich vorgeschrieben. Doch kann nach dem Gesetz über die Pfandbriefe und verwandten Schuldverschreibungen öffentlich-rechtlicher Kreditanstalten vom 21. Dezember 1927 (RGBl. I 492) zur Deckung von Pfandbriefen neben Hypotheken (§ 1 des Gesetzes) auch Grundschulden verwendet werden (§ 9 Abs. 1). Bisher wurden für diesen Zweck lediglich Hypotheken gebraucht.

1) WESTERMANN SachenR § 113 II 1

2) So läßt sich die Bausparkasse Gemeinschaft der Freunde WÜSTENROT nur Hypotheken bestellen (§ 14 ihrer Bausparbedingungen), während sich die Bausparkasse Schwäbisch-Hall AG (Bausparkasse der VOLKSBANK und RAIFFEISEN-KASSEN) vorwiegend Grundschulden bestellen läßt (vgl. § 16 ihrer Bausparbedingungen und FEUERHERDT Blätter für Genossenschaftswesen 1959, 223).

Auch nach dem Hypothekenbankgesetz vom 13. Juli 1899 (RGBl 375) können Schuldverschreibungen aufgrund der erworbenen Hypotheken (§ 1 des Gesetzes) wie Grundschulden (§ 40 Abs. 1) ausgegeben werden. Bisher ließen sich auch die Hypothekenbanken ausschließlich Hypotheken zur Sicherung ihrer Darlehnsforderungen bestellen. Die Versicherungsunternehmen geben die eingenommenen Prämien als Kredite für den Wohnungsbau wieder aus und lassen sich für die Forderungen Hypotheken bestellen. Lediglich bei Krediten an Industrie- und Versorgungsunternehmen lassen sich die Versicherungsunternehmen nach Auskunft des Bundesaufsichtsamts für das Versicherungs- und Bausparwesen Grundschulden übertragen, da diese Kredite häufig Konsortialdarlehn sind und daher das Grundpfandrecht einem Treuhänder bestellt werden muß. In diesem Fall wird die Grundschuld, abgesehen von der Möglichkeit der Bestellung eines Grundbuchvertreters bei der in den §§ 1187, 1189 BGB bezeichneten Hypothekenart, die einzig mögliche Form der Sicherung durch ein Grundpfandrecht sein. Denn eine Hypothek kann einem Treuhänder nur bestellt werden, wenn dieser auch Gläubiger der Hypothekenforderung ist (§ 1153 BGB). Andernfalls würden Hypothek und Hypothekenforderung unzulässigerweise getrennt. Bei Konsortialdarlehn wird aber der Treuhänder nicht Gläubiger der Darlehn. Er soll auch nicht fiduziarischer Inhaber der Forderung werden. Weiter werden die Gläubiger bei Konsortialdarlehn nicht immer untereinander in Bruchteils- oder Gesamthandsgemeinschaft stehen oder Gesamtgläubiger (§ 428 BGB) sein. Da aber diese Voraussetzungen vorliegen müssen, wenn eine Hypothek für die Forderung aus dem Konsortialkredit bestellt werden soll,¹⁾ bleibt die Grundschuld meistens die einzige Form der grundpfandlichen Sicherung.

In Zukunft will die Sparkassenorganisation (Sparkassen- und Giroverband) den Sparkassen empfehlen, sich auch im langfristigen Kreditgeschäft Grundschulden bestellen zu lassen. Bisher haben die Sparkassen bei dieser Kreditart, insbesondere bei der Wohnungauffinanzierung, vorwiegend Hypotheken verwendet, während sie sich im kurzfristigen Geschäft, vor allem zur Sicherung von Kontokorrentforderungen, Grundschulden bestellen ließen. Lediglich in Süddeutschland, besonders in Württemberg, sind Grundschulden bei

1) FELGENTRAEGER Festschrift für J.v.GIERKE S. 156;
PALANDT-HOCHE § 1113 Anm. 4 a

den Sparkassen nach Auskunft des Sparkassen- und Giroverbandes zur Sicherung von Forderungen aus dem langfristigen Kreditgeschäft schon in größerem Umfang in Gebrauch.

Zur Sicherung von Anleiheforderungen werden nur Grundschulden von den Anleiheschuldnern zugunsten von Banken und anderen Kreditinstituten als Treuhändern der Anleihegläubiger bestellt.

Die sonstigen Kreditunternehmen verwenden bei den einzelnen Kreditarten teils Grundschulden, teils Hypotheken. Eine genaue Aufstellung konnte nicht erlangt werden.

Im übrigen sei noch erwähnt, daß die Sparkassen als verwaltende Stellen der Kreditforderungen des Staates aus dem sozialen Wohnungsbau sich vorwiegend Hypotheken für diese Forderungen bestellen lassen. Die Träger der Sozialversicherung geben Rentenversicherungsbeiträge als Kredite zur Wohnungsbaufinanzierung aus und lassen sich ihre Forderungen durch Hypotheken sichern. Dagegen werden zur Sicherung von Darlehn nach dem Lastenausgleichsgesetz (BGBI I 1952, 446) gemäß den Anordnungen des Präsidenten des Bundesausgleichsamtes "über die Leistung, Festsetzung und Bewertung von Sicherheiten bei Aufbaudarlehn für die gewerbliche Wirtschaft und die freien Berufe" vom 21. 11. 1952 sowie über die "Leistung, Festsetzung und Bewertung von Sicherheiten bei Aufbaudarlehn für den Wohnungsbau" vom 14. 2. 1953 grundsätzlich nur Grundschulden verwendet. Nur in Sonderfällen dürfen Hypotheken gebraucht werden. Die Grundpfandrechte werden vorwiegend auf den Namen der verwaltenden Kreditinstitute bestellt.

Die dieser Arbeit anhangsweise beigegebenen Statistiken des Statistischen Bundesamtes für die Eintragung von Grundpfandrechten im Bundesgebiet für die Jahre 1950 - 1959 ¹⁾ sollen Aufschluß geben, zu welchem Zweck und in welchem Umfang Grundschulden bestellt wurden und wie ihr Verhältnis zu den gesamten Grundpfandrechten ist.

2) Entwicklung der Grundschuldbestellungen in den Jahren 1950 - 1959 unter Berücksichtigung der Statistiken.

Die Statistiken bestätigen die oben gemachten Angaben über die Verwendung der Grundschuld. Bei der Sicherung von kurz- und mittelfristigem Bankkredit ist in den Jahren 1950 - 1959 als

1) siehe S. 139 ff.

Grundpfandrecht die Grundschild ausschließlich und bei der Sicherung sonstiger kurz- und mittelfristiger Forderungen fast nur verwendet worden (Posten "Zusatzsicherungen für kurz- und mittelfristige Bankkredite" sowie "Sonstige Zusatzsicherungen"). Die Zahlen für die Jahre 1950 - 1955 weisen es deutlich aus. Für die Jahre nach 1955 dürfte es nicht anders sein, selbst wenn die Zahlen statistisch nicht mehr geführt werden. Bei der Sicherung langfristigen Kredits der Kreditanstalten (Posten "Echte Realkredite-Banken und sonstige Kreditanstalten") ist die Grundschild im letzten Jahrzehnt im steigenden Maße gebraucht worden und betrug im Jahre 1959 ungefähr die Hälfte der verwendeten Grundpfandrechte. Traditionsgemäß wurden bisher auf diesem Sicherungsgebiet sonst nur Hypotheken bestellt. Eine Ausnahme auf dem Gebiet der langfristigen Sicherung bilden die Versicherungen (Posten "Versicherungen"). Sie blieben auch in den Jahren 1950 - 1959 dabei, in ihrem Geschäftsbereich fast ausschließlich Hypotheken zu verwenden.

Bei der Sicherung der Forderungen, die nicht den Instituten des Kreditgewerbes als Gläubigern zustehen, ist die Grundschild - abgesehen von der Sicherung kurz- und mittelfristiger Forderungen (Posten "Sonstige Zusatzsicherungen") - nicht so stark vorgegangen. Dieses spiegelt sich deutlich in den Zahlen der Posten "Private Darlehn", "Auslandsdarlehn" und "Erbaueinandersetzungen" wieder. Diese Entwicklung liegt daran, daß auch im letzten Jahrzehnt noch den juristisch nicht vorgebildeten Personen die Hypothek als einzige Grundpfandrechtsart bekannt und vertraut war. Lediglich in den Gebieten, in denen ein nicht-akzessorisches Grundpfandrecht als Landesrecht schon früher gegolten hat, dürfte es anders gewesen sein. Durch die ausschließliche Verwendung von Grundschulden im Bankverkehr wird zwar der Kreis der Personen, die mit der Grundschild umgehen müssen, immer größer. Bis sie jedoch nicht nur auf Betreiben der Banken im Bankverkehr, sondern auch im sonstigen Kreditverkehr aus eigenem Antrieb Grundschulden verwenden, dürfte es noch einige Zeit dauern. Im Bereich der Grundpfandrechtssicherung ist das Festhalten an alten hergebrachten Formen immer stark gewesen. Die Verwendung der Grundschild im Bereich der Sicherung kurz- und mittelfristiger Forderungen (Posten "Sonstige Zusatzsicherungen") dürfte daran liegen, daß man sich in

diesem Bereich immer nach den Gepflogenheiten des Bankverkehrs richtet. Da die Banken sich ausschließlich Grundschulden bestellen lassen, verwendet man sie auch.

Bei Darlehn aus öffentlichen Mitteln wurde die Grundschuld zur Sicherung nur wenig verwendet. Der Grund dürfte sein, daß nur eine langfristige Sicherung bei diesen Darlehn in Betracht kommt, bei der eine Forderungsauswechslung oder die Sicherung mehrerer Forderungen keine Rolle spielt. In diesen Fällen treten dann die Vorteile der Grundschuld nicht so hervor. Wie die Anordnungen des Präsidenten des Bundesausgleichsamtes über die Verwendung von Grundschulden zeigen, sind jetzt auch die öffentlichen Verwaltungen daran interessiert, Grundschulden zu verwenden. In Zukunft dürften sie auf diesem Gebiet noch stärker gebraucht werden.

Die Bedeutung der Eigentümergrundschulden als Mittel der Grundpfandrechtlichen Sicherung wird durch die Statistiken bestätigt. Eigentümergrundschulden wurden in allen Jahren, in denen die Zahlen dieses Posten statistisch ausgewiesen wurden, in erheblichem Umfang bestellt, so z.B. im Jahre 1955 in der Anzahl von 11.875 mit einem Betrag von 1.264,7 Mill.DM. Diese Eigentümergrundschulden werden meistens Briefgrundschulden darstellen, da man sie außerhalb des Grundbuches zur Sicherung von Krediten diskret abtreten kann, ohne daß dieses aus dem Grundbuch ersichtlich zu werden braucht. Für Außenstehende tritt deshalb der Gläubiger nicht in Erscheinung. Aus diesem Grunde konnten die Eigentümergrundschulden in der Statistik nicht auf die anderen Posten aufgeteilt werden. Da die Eigentümergrundschulden zu jeder Art vermögensrechtlicher Sicherung verwendet werden können, können sie zu allen in der Statistik ausgewiesenen Zwecken gebraucht worden sein. Wegen ihrer leichten Übertragbarkeit und Auswechselbarkeit dürften sie hauptsächlich zur Sicherung kurz- und mittelfristiger Kredite verwendet worden sein.

Schon diese allgemeinen Überlegungen haben gezeigt, daß innerhalb der einzelnen Kreditarten oder Geschäftsarten der Anteil der bestellten Grundschulden an der Gesamtzahl der bestellten Grundpfandrechte unterschiedlich hoch ist. Untersucht man die Angaben in den Statistiken genauer, dann lassen sich noch weitere Aussagen über die Verwendung der Grundschulden machen.

3) Auswerten der Statistiken im einzelnen.

Da die Statistiken vom Statistischen Bundesamt zur Beobachtung des Kreditverkehrs aufgestellt wurden und da die verwendeten Begriffe und Angaben nicht ohne weiteres verständlich sein werden, seien zuvor noch folgende Hinweise gegeben.

a) Vorbemerkung: Hinweise zu den anhangsweise beigegebenen Statistiken.

Die Statistiken geben nicht alle im Bundesgebiet bestellten Grundschulden und anderen Grundpfandrechte wieder. Für die Jahre 1950 und 1951 fehlen in ihnen nach Angabe des Statistischen Bundesamtes die Zahlen für die Länder Schleswig-Holstein, Niedersachsen, Baden-Württemberg, Berlin (West) und Saarland. Außerdem sind in diesen Jahren die Zahlen für Grundschulden nur in den Posten "Zusatzsicherungen" und "Eigentümergrundschulden" gesondert ausgewiesen. Nach Auskunft des Statistischen Bundesamtes sind in den Zahlen betreffend "Grundpfandrechte insgesamt" in dem Posten "Echte Realkredite" Grundschulden mitenthalten; ihr Anteil sei aber nicht so groß wie in den folgenden Jahren. In den Zahlen für die Jahre 1952/1953 fehlen die Angaben für die Länder Baden-Württemberg, Berlin (West) und Saarland, in den Zahlen ab 1954 die Angaben für die Länder Schleswig-Holstein, Saarland und Berlin (West). Das Fehlen dieser Zahlen mindert den Wert der Statistiken nicht, da nur die Zahlen einiger Bundesländer nicht miterfaßt wurden. Die Statistiken verlieren hierdurch nicht die Bedeutung, die typische Grundschuldbewegung im letzten Jahrzehnt aufzuzeigen.

Unter "Realkredit" wird in den Statistiken die Sicherung langfristigen Kredits durch Grundpfandrechte verstanden. Die Sicherungen kurz- und mittelfristigen Kredits fallen nicht unter diesen Begriff, obwohl sie streng genommen auch Realkredite sind. Denn auch sie werden durch Grundpfandrechte gesichert.¹⁾

Im Posten "Echte Realkredite-Banken und sonstige Kreditanstalten" sind nach Auskunft des Statistischen Bundesamtes die für langfristige Forderungen der Bodenkreditinstitute (Hypothekenbanken und öffentlich-rechtliche Grundkreditanstalten), Sparkassen, gewerbliche und ländliche Kreditgenossenschaften, Bausparkassen,

1) BAUR SachenR § 36 I 2 (S. 274) mit Fußnote 1

Kreditbanken und sonstigen Institute (Kreditbanken und übrige Geldinstitute) bestellten Grundpfandrechte enthalten.

Unter dem Posten "Zusatzsicherungen für kurz- und mittelfristige Bankkredite" sind die kurz- und mittelfristigen Bankkredite, die durch Grundpfandrechte gesichert wurden, zusammengefaßt. Soweit Banken oder sonstige Kreditanstalten langfristige Darlehen gaben, für die im Grundbuch Grundpfandrechte eingetragen wurden, sind sie im Posten "Echte Realkredite - Banken und sonstige Kreditanstalten" enthalten. Soweit für kurz- und mittelfristige Bankkredite Sicherungshypotheken bestellt wurden, erscheinen sie unter dem Posten "Sicherungshypotheken".

Unter dem Posten "Darlehn aus öffentlichen Mitteln" wurden Grundpfandrechte erfaßt, bei denen als Gläubiger im Grundbuch Gebietskörperschaften (Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände) sowie der Lastenausgleichsfonds (vertreten durch das Bundesausgleichsamt, die Landesausgleichsämtler und die Ausgleichsämtler) eingetragen wurden. Außerdem wurden unter diesem Posten noch die in verschiedenen Ländern bestehenden Institutionen erfaßt, denen die Ausleihung öffentlicher Mittel übertragen worden ist, z.B. die Landestreuhandstelle für Wohnungs- und Kleinsiedlungswesen in Schleswig-Holstein, die Wohnungsförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen, die Hamburgische Wohnbaukasse u.a..

Wenn dagegen Kreditanstalten Darlehn aus öffentlichen Mitteln gewährten und beim Grundpfandrecht der Name der Kreditanstalt eingetragen wurde, erscheinen diese Darlehn unter dem Posten "Echte Realkredite - Banken und sonstige Kreditanstalten". Hierzu gehören sowohl die aus öffentlichen Mitteln stammenden Darlehn der Kreditanstalten, die im eigenen Namen und mit eigenem Risiko des Instituts gewährt wurden, als auch solche, für die das Institut die Haftung als Treuhänder übernahm, diese Darlehn aber im eigenen Namen gewährte (durchlaufende Kredite). Die sogenannten reinen Verwaltungskredite der Kreditanstalten, d.h. Kredite, die in fremdem Namen und für fremde Rechnung gewährt wurden, erscheinen mit hin als "Darlehn aus öffentlichen Mitteln", wenn sie aus Mitteln der Gebietskörperschaften und des Lastenausgleichsfonds stammten. Da die Grundsulden, die Aufbaudarlehn (nach dem Lastenausgleichsgesetz) sichern, vorwiegend auf den Namen der verwaltenden Kreditanstalten bestellt wurden,¹⁾ sind diese Grundsulden daher

1) vgl. S.28

im Posten "Echte Realkredite - Banken und sonstige Kreditanstalten" mitenthaltten.

Unter dem Posten "Sonstige Zusatzsicherungen" wurden die kurz- und mittelfristigen Auslandsschulden, die interne Verschuldung der Industrie und der Gemeinden sowie sonstige Schuldformen erfaßt.

Unter den Posten "Eigentümergrundschulden" fallen die ursprünglichen (offenen) Eigentümergrundschulden, insbesondere die Eigentümerbriefgrundschulden. Da die Eigentümerbriefgrundschulden abgetreten werden können, ohne daß im Grundbuch der Erwerber in Erscheinung tritt,¹⁾ können diese Grundschulden zur Sicherung aller in den Statistiken aufgeführten Kreditarten verwendet worden sein: so zur Sicherung lang-, mittel- und kurzfristiger Kredite.

b) Anteil der Grundschulden an den gesamten bestellten Grundpfandrechten in den einzelnen Jahren.

Für die Feststellung des Anteils der bestellten Grundschulden an der Anzahl und dem Betrag der gesamten bestellten Grundpfandrechte ist es hinderlich, daß ab 1956 nur noch die Zahlen für die Posten "Echte Realkredite" und "Erbauseinandersetzungen" statistisch erfaßt wurden. Die Zahlen der statistisch nicht mehr geführten Posten sind in den ab 1956 noch angegebenen Posten "Echte Realkredite" und "Erbauseinandersetzungen" nach Auskunft des Statistischen Bundesamtes nicht mitenthaltten. Gerade in den nicht mehr geführten Posten "Zusatzsicherungen für kurz- und mittelfristige Bankkredite", "Sonstige Zusatzsicherungen" und "Eigentümergrundschulden" ist eine erhebliche Anzahl Grundschulden enthalten, wie aus den Zahlen für die Jahre 1950 - 1955 zu entnehmen ist.

Vergleichbare Zahlen für den gesamten Zeitraum (1950 - 1959) können demnach nur die Posten "Echte Realkredite" und "Erbauseinandersetzungen" liefern. Verwertet man nur diese Zahlen, dann ergibt sich die Schwierigkeit, daß man nur einen Teil der im Bundesgebiet bestellten Grundpfandrechte erfaßt und daß die Statistik nicht die gesamte Entwicklung wiedergeben kann, die die Bestellung der Grundpfandrechte, insbesondere der Grundschulden, im Laufe der

1) vgl. S.24

Jahre tatsächlich genommen hat. Für den Zeitraum von 1950 - 1955 zeigt die Bestellung der gesamten Grundpfandrechte und der Grundschulden folgendes Bild:

Aufstellung 1

Jahr	Bestellte Grundpfandrechte					
	insgesamt		darunter Grundschulden			
	Anzahl	Betrag (Mill. DM)	Anzahl	in %	Betrag (Mill. DM)	in %
1950	332.499	3.923,7	nicht gesondert ausgewiesen			
1951	278.629	3.546,2	"	"	"	
1952	422.224	5.904,7	158.879	35 %	2.205,6	37 %
1953	508.807	8.165,8	208.490	41 %	3.756,2	46 %
1954	699.235	11.279,4	312.619	45 %	5.322,4	48 %
1955	787.610	13.269,2	359.691	45 %	6.271,4	48 %
1956 x)						
1957						
1958						
1959						

x) Ab 1956 werden in den Statistiken des Statistischen Bundesamtes nur noch die Posten "Echte Realkredite" und "Erbaueinander-setzungen" geführt.

Die Aufstellung läßt erkennen, daß der Anteil der bestellten Grundschulden der Anzahl und dem Betrag nach in den Jahren 1952 - 1955 gleichmäßig gestiegen ist. Im Jahre 1955 stellen die Grundschulden schon fast die Hälfte der gesamten Grundpfandrechte dar. Dieses Vordringen der Grundschulden beruht einmal darauf, daß die Kreditarten, deren Forderung durch Grundschulden gesichert wurden (fast alle kurz- und mittelfristigen, manche langfristigen Forderungen), sich noch stärker als die anderen Kreditarten entwickelt haben, zu deren Sicherung vorwiegend Hypotheken bestellt wurden (wie langfristige Kredite für Wohnungsbau, Darlehn aus öffentlichen Mitteln). Zum anderen kommt das Vordringen der Grundschuld daher, daß man immer mehr dazu übergegangen ist, Grundschulden statt Hypotheken zu bestellen. An dieser Gesamtaufstellung läßt sich diese Entwicklung nicht ersehen. Deshalb soll in der folgenden Aufstellung näher zu diesen Fragen Stellung genommen werden.

c) Verhältnis der bestellten Grundschulden zu den gesamten bestellten Grundpfandrechten.

Dieses Verhältnis sieht für die Jahre 1952 und 1959 wie folgt aus:

Aufstellung 2

Bestellung von Grundschulden im Verhältnis zu den gesamten bestellten Grundpfandrechten.				
	Anzahl		Betrag	
	1952	1959	1952	1959
Echte Realkredite				
Banken und sonstige Kreditanstalten	47 %	56 %	40 %	44 %
Versicherungen	4 %	5 %	11 %	12 %
Anstaltsdarlehn zusammen	44 %	55 %	37 %	41 %
Darlehn aus öffentlichen Mitteln	10 %	14 %	8 %	14 %
Private Darlehn	19 %	34 %	26 %	39 %
Auslandsdarlehn	6 %	16 %	12 %	12 %
Echte Realkredite zusammen	29 %	49 %	25 %	37 %
Sonstige Grundpfandrechte				
Zusatzsicherungen für kurz- u. mittelfristige Bankkredite	100 %	-- x)	100 %	-- x)
Sonstige Zusatzsicherungen	92 %	-- x)	94 %	-- x)
Erbaueinandersetzungen	1 %	0,3 %	3 %	1,2 %
Eigentümergrundschuld	100 %	-- x)	100 %	-- x)
Sonstige Grundpfandrechte insgesamt	55 %	-- x)	69 %	-- x)
Grundpfandrechte insgesamt	27 %	49 %	26 %	37 %

x) Zahlen statistisch nicht mehr erfaßt.

Die Aufstellung zeigt, daß der Anteil der Grundschulden beim Posten "Zusatzsicherungen", also bei den Sicherungen kurzfristigen Kredits, am höchsten sind (100 % und 92 %), ebenso beim Posten "Eigentümergrundschulden". Der Anteil der Grundschulden beim Posten

"Sonstige Grundpfandrechte" beträgt über 50 % (55 % bei der Anzahl und 60 % beim Betrag im Jahre 1952). Die absoluten Zahlen der Statistiken zeigen, daß diese Posten einen Schwerpunkt der Sicherungen durch Grundschulden darstellen. Der weit überwiegender Teil der übrigen bestellten Grundschulden ist im Posten "Echte Realkredite - Banken und sonstige Kreditanstalten" (1952: 66.090 - 1959: 299.175) enthalten. Diese Grundschulden sind für die langfristigen Forderungen der Bodenkreditinstitute (Hypothekenbanken und öffentlich-rechtliche Grundkreditanstalten), Sparkassen, gewerbliche und ländliche Kreditgenossenschaften (Volksbanken und Raiffeisenkassen), Bausparkassen, Kreditbanken und sonstigen Geldinstitute bestellt worden. Von diesen Instituten wurden aber nicht ausschließlich Grundschulden, sondern daneben auch Hypotheken verwendet. Gerade dieser Posten zeigt, daß die Grundschuld in das Gebiet der langfristigen Finanzierung stark vorgezogen ist. Sie machte 1959 56 % der Anzahl und 44 % des Betrages der unter diesem Posten zusammengefaßten Grundpfandrechte aus.

Nur in geringem Umfang wurde die Grundschuld von Versicherungen gebraucht. Die Versicherungen lassen sich herkömmlicherweise Hypotheken bestellen. Weiter wurde die Grundschuld nur wenig bei "Darlehn aus öffentlichen Mitteln" sowie zur Sicherung von "Auslandsdarlehn" verwendet. Eine Mittelstellung nehmen die "Privaten Darlehn" ein. Dort hat der Anteil der Grundschulden im Jahre 1959 34 % bei der Anzahl und 39 % beim Betrag ausgemacht. Welches der Grund für die Bevorzugung der Hypothek ist, konnte nicht ermittelt werden.

Bei fast allen Posten kann man ein Steigen des Anteils der bestellten Grundschulden am Betrag und an der Anzahl der gesamten bestellten Grundpfandrechte feststellen. Die Aufstellung weist aus, daß Grundschulden zur kurz- und mittelfristigen Sicherung von Banken ausschließlich und von sonstigen Unternehmen sowie von Privatpersonen fast ausschließlich gebraucht wurden. Bei der Sicherung von langfristigen Forderungen der Kreditinstitute ist die Grundschuld fast ebenso stark wie die Hypothek vertreten.

- d) Durchschnittsbeträge der Grundschulden und der gesamten Grundpfandrechte.

Die Aufstellung Nr. 1 ¹⁾ zeigte, daß in den Jahren 1952 - 1955 der Durchschnittsbetrag der Grundschulden ungefähr dem Durchschnittsbetrag der gesamten bestellten Grundpfandrechte entsprach. Die Durchschnittsbeträge in den einzelnen Posten der Statistiken sind folgende:

Aufstellung 3

Durchschnittsbetrag der bestellten Grundpfandrechte (in DM)						
Spalte	1952			1959		
	Grund- pfandr. insges.	Grund- schul- den	Verh.v. Sp. 2 zu Sp.1	Grund- pfandr. insges.	Grund- schul- den	Verh.v. Sp. 5 zu Sp.4
	1	2	3	4	5	6
Echte Realkredite						
Banken u. and. Kreditanstalten	14.770	12.580	85 %	20.077	15.643	78 %
Versicherungen	22.645	66.047	292 %	52.250	122.049	233 %
Anstaltsdarlehn zusammen	15.394	12.927	84 %	21.156	15.985	75 %
Darlehn aus öff. Mitteln	17.099	14.208	83 %	34.824	35.638	102 %
Private Darlehn	8.737	11.936	137 %	16.836	19.654	117 %
Auslandsdarlehn	17.584	29.268	166 %	117.647	74.194	63 %
Echte Realkredite zusammen	14.894	12.965	87 %	22.047	16.643	76 %
Sonstige Grundpfandrechte						
Zusatzsicherungen für kurz- u. mittelfristige Bankkredite	12.226	12.226	100 %	Zahlen werden statistisch nicht mehr erfaßt.		
Sonst. Zusatzsicherungen	7.312	7.480	102 %			
Erbaueinandersetzungen	3.099	7.729	249 %	5.005	18.182	364 %
Eigentümergrundschulden	33.392	33.392	100 %	Zahlen werden statistisch nicht mehr erfaßt.		
Sicherungshypo.	10.989	-	-			
darunter Inhaberschuldschreib.	3500.000	-	-	"	"	-

1) S. 34

Zahlen werden statistisch
nicht mehr erfaßt.

Sonstige Grundpfandrechte zus.	12.074	14.895	123 %	"	"		
Grundpfandrechte insgesamt	13.984	13.882	99 %	21.794	16.644	76 %	

Die Aufstellung zeigt, daß der Durchschnittsbetrag der Grundschulden zwar von 13.882 DM im Jahre 1952 auf 16.644 DM im Jahre 1959 angestiegen ist. Diese Erhöhung des Betrages beruht auf der Steigerung des Wirtschafts- und Kreditverkehrs. Der Geldmarkt war im Jahre 1959 in der Lage, Kredite mit größeren Summen einräumen zu können. Im gleichen Zeitraum stieg der Durchschnittsbetrag der gesamten bestellten Grundpfandrechte aber auf 21.794 DM, so daß sich dieser Durchschnittsbetrag stärker als der der bestellten Grundschulden erhöhte. Diese unterschiedliche Entwicklung ist darauf zurückzuführen, daß die Kreditarten, zu deren Sicherung überwiegend Hypotheken verwendet wurden (wie langfristige Forderung aus Wohnungsbaukrediten) im Einzelbetrage stärker gewachsen sind als die Einzelsummen der Forderungen bei den Kreditarten, zu deren Sicherung Grundschulden verwendet wurden.

Bei den Posten, bei denen vorwiegend Hypotheken bestellt wurden ("Versicherungen", "Private Darlehn", "Erbaueinsetzungen") überstieg der Durchschnittsbetrag der bestellten Grundschulden - zum Teil erheblich - den Durchschnittsbetrag der gesamten bestellten Grundpfandrechte. So wurden zugunsten von Versicherungsunternehmen Grundschulden mit einem hohen Durchschnittsbetrag (66.047 DM im Jahre 1952, 122.049 DM im Jahre 1959) bestellt, während der Durchschnittsbetrag für die gesamten Grundpfandrechte bei diesem Posten ungefähr ein Drittel dieses Betrages ausmachte (22.645 DM im Jahre 1952 - 52.250 DM im Jahre 1959). Da Grundschulden nur in geringer Anzahl verwendet wurden, dürften sie nur zur Erfüllung besonderer Aufgaben, wie sie oben auf S.27 genannt wurden, gebraucht worden sein. Gleichfalls lag der Durchschnittsbetrag der bestellten Grundschulden in den Posten "Private Darlehn" und "Erbaueinsetzungen" über dem Durchschnittsbetrag der gesamten bestellten Grundpfandrechte. Selbst im Posten "Auslandsdarlehn" lag im Jahre 1952 der Durchschnittsbetrag über dem der gesamten Grundpfandrechte. Bei den genannten Posten wurden also Grundschulden für Forderungen be-

stellt, die einen höheren Betrag als die Forderungen dieses Postens durchschnittlich besaßen; bei diesem Posten wurden die Grundschulden im Gegensatz zum Posten "Echte Realkredite - Banken und sonstige Kreditanstalten" gerade zur Absicherung größerer Kredite, als die durchschnittlichen Kreditsummen ausmachten, verwendet.

Eine Zwischenstellung nimmt der Posten "Echte Realkredite - Banken und sonstige Kreditanstalten" ein. Da hier langfristige Forderungen durch Hypotheken wie durch Grundschulden gesichert wurden, hätten die Durchschnittsbeträge bei diesem Posten gleichmäßig steigen müssen. Tatsächlich machte der Durchschnittsbetrag der bestellten Grundschulden eine nur halb so große Steigerung mit (1952: 12.580 DM - 1959: 15.643 DM, dagegen: gesamte Grundpfandrechte 1952: 14.770 - 1959: 20.077 DM). Dadurch veränderte sich auch das Verhältnis zwischen beiden Beträgen. So sank der Durchschnittsbetrag der bestellten Grundschulden im Jahre 1959 auf 78 % des Durchschnittsbetrages der gesamten bestellten Grundpfandrechte, während er im Jahre 1952 noch 85 % betragen hatte.

e) Zusammenfassung

Die Auswertung der Statistiken hat gezeigt, daß die Grundschuld in der Praxis das am meisten gebrauchte Grundpfandrecht ist.

Die Grundschuld eignet sich zur Sicherung jeder Art von kurz-, mittel- und langfristigen Forderungen sowie von Forderungen mit unbestimmter oder wechselnder Höhe. Weiter kann sie mehrere Forderungen gleichzeitig sichern. Auch kann die gesicherte Forderung bei der Grundschuld durch formlose Vereinbarung ausgetauscht werden. Ebenfalls kann sich der Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld unabhängig vom Bestehen der gesicherten Forderung unterwerfen. Die rechtlichen Schwierigkeiten, die sich in diesen Fragen bei der Hypothek ergeben, fallen bei der Grundschuld fort. Auch hat die Grundschuld bei der Sicherung von Forderungen, die durch kleine Tilgungsleistungen allmählich getilgt werden, gegenüber der Hypothek Vorteile. Die Grundschuld ist somit ein vielseitig verwendbares Mittel bei der vermögensrechtlichen Sicherung.

Abschnitt 3:

Die Arten der Schuldverhältnisse, die der als
Sicherungsmittel verwendeten Grundschild zu-
grunde liegen.

Bei der Grundschild wie bei der Hypothek ist zwischen dem dinglichen Recht, einer etwa durch sie gesicherten Forderung und dem ihrer Bestellung zugrunde liegenden kausalen Rechtsverhältnis zu unterscheiden.¹⁾ Soweit dieses kausale Rechtsverhältnis für die Verwendung der Grundschild als Sicherungsmittel in Frage kommt, soll es im Folgenden näher untersucht und in seiner Beziehung zu der gesicherten Forderung und der Grundschild dargestellt werden. Dieses der Grundschild zugrunde liegende kausale Rechtsgeschäft ist nicht mit der gesicherten Forderungen (bei der Hypothek: Hypothek: Forderung) zu verwechseln. Der Gläubiger und der Schuldner dieses Rechtsverhältnisses brauchen bei der Grundschild rechtlich nicht mit dem Forderungs- oder Grundschildgläubiger bzw. mit dem Eigentümer oder dem persönlichen Schuldner personengleich zu sein. Alle diese genannten Personen sind in der rechtlichen Betrachtung verschiedene Personen, selbst wenn sie in der täglichen Praxis meistens jeweils dieselben Personen sein werden.²⁾ Bei der Hypothek hingegen müssen aufgrund des § 1153 BGB Hypotheken- und Forderungsgläubiger identisch sein.³⁾ Schon dieser Gesichtspunkt zeigt eine größere Beweglichkeit bei der Grundschild als bei der Hypothek.

Das den Grundpfandrechten zugrunde liegende Rechtsverhältnis kann ein im Gesetz geregeltes typisches Rechtsgeschäft (wie Kauf, Tausch, Vermächtnis) sein. Meistens wird es aber ein frei vereinbartes, aufgrund der Gestaltungsfreiheit geschaffenes atypisches Rechtsverhältnis (§ 305 BGB) sein. Bei der Verwendung der Grundschild als Sicherungsmittel sind diese Rechtsverhältnisse der Sicherungsvertrag oder ähnliche Verträge. Sie regeln die Frage, für welche Forderungen das Grundpfandrecht bestellt wird, wie lange es dem Grundpfandrechtsgläubiger zustehen, unter welchen Voraussetzungen das Grundpfandrecht zurückübertragen bzw. gelöscht werden soll und in welcher Form der Grundpfandrechtsgläubiger das Grundpfandrecht verwerten darf.

1) vgl. S. 4/5

2) vgl. WESTERMANN SachenR § 116 III 2

3) vgl. WESTERMANN SachenR § 104 I 2;
BOEHMER Arch.bürg.R.Bd.37, 205 ff.

Mit diesen Verträgen sind oft zugleich andere Fragen geregelt. So erfolgt die Vereinbarung dieser Verträge häufig zusammen mit dem Krediteinräumungsvertrag¹⁾ oder einer Vereinbarung über die Löschung nachstehender Rechte,²⁾ über Rangänderung und über ähnliche Fragen.

Es werden die drei Verträge gebracht, die am meisten in der Praxis vorkommen und typisch sein dürften.

- 1) Der Sicherungsvertrag bei der fiduziarisch bestellten Grundschuld.

Dieser Vertrag hat den Inhalt, daß die Grundschuld nur zur Sicherung einer Forderung oder eines anderen Vermögenswertes dem Sicherungsvertragsgläubiger bzw. einem von diesem benannten Dritten bestellt wird. Nach diesem Vertrag hat der Sicherungsvertragsgläubiger die Grundschuld nach Befriedigung der gesicherten Forderung dem Sicherungsvertragsschuldner (bzw. einem von diesem bestimmten Dritten) zurückzugewähren. Der Sicherungsvertragsgläubiger darf sich nach diesem Sicherungsvertrag nur dann aus der Grundschuld befriedigen, wenn die Forderung nach ihrer Fälligkeit nicht erfüllt wird.

Der Sicherungsvertrag hat einen fiduziarischen Charakter. In der vorliegenden Arbeit wird in Übereinstimmung mit dem übrigen Sicherungsrecht (wie Recht der Sicherungsübereignung, Wechselrecht) unter dem Begriff "fiduziarisch" verstanden, daß die Grundschuld nur zur Sicherung einer Forderung oder eines anderen Vermögenswertes bestellt wird und daß die Grundschuld erst dann geltend gemacht oder sonstwie verwertet werden darf, wenn die gesicherte Forderung nach ihrer Fälligkeit nicht erfüllt wurde. Wurde die Forderung erfüllt, bevor die Grundschuld verwertet wurde, dann ist die Grundschuld zurückzugewähren.³⁾

Der Hauptzweck des Sicherungsvertrages ist die Kreditsicherung. In seinem Inhalt gleicht er den Sicherungsverträgen, in

1) RABEL NJW 1953, 1247

2) vgl. RIEDEL DNotZ 1956, 344; DEMPEWOLF Blätter für das Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht 1956, 25 f.

3) vgl. WESTERMANN SachenR 43 I; WOLFF-RAISER SachenR §§ 179 III, 180; PALANDT-HOCHE § 930 Anm. 4; BAUMBACH-HEFERMEHL Art. 19 WG, Anm. 1; Art. 18 Anm. 7 ff.

denen eine Sicherungsübereignung, die Hingabe eines Wechsels sicherungshalber¹⁾ oder die Verpfändung beweglicher Sachen und Rechte vereinbart wird. Eine weitere Ähnlichkeit des Sicherungsvertrages besteht mit dem Auftrag und dem Vertrag, in dem die Bestellung einer Hypothek vereinbart wird. Der Sicherungsvertrag bei der Hypothek hat auch fiduziarischen Charakter. Der Hypothekengläubiger soll die Hypothek erst nach Fälligkeit der Forderung geltend machen dürfen. Dieser Vertrag besitzt aber die Besonderheit, daß in ihm nur die Frage, für welche Forderung und an welchem Grundstück die Hypothek bestellt werden soll, geregelt zu werden braucht. Die Voraussetzungen der Verwertung oder der Rückgewähr der Hypothek ist durch die zwingenden sachenrechtlichen Vorschriften des BGB schon bis ins einzelne geregelt, vgl. §§ 1163, 1177 BGB.

Der fiduziarische Sicherungsvertrag kommt in der Praxis häufig vor. Den in den Posten "Versicherungen", "Darlehn aus öffentlichen Mitteln", "Private Darlehn" und "Auslandsdarlehn" aufgeführten Grundschulden sowie einem Teil der Grundschulden in den Posten "Erbauseinandersetzungen" und "Eigentümergrundschulden" der Statistiken dürfte dieser Vertrag zugrunde liegen. Weiter ist dieser Vertrag in den Anleihebedingungen der durch Grundschulden gesicherten Industriefinanzierungen enthalten.²⁾ Soweit von den Kreditinstituten der Sicherungsvertrag formularmäßig und (bzw. oder) aufgrund der Allgemeinen Geschäftsbedingungen abgeschlossen wird, kann er hinsichtlich des Kreises der gesicherten Forderungen sowie hinsichtlich der Verwertung der Grundschuld wie folgt abgewandelt sein.

- 2) Der Sicherungsvertrag im Verkehr mit Banken und sonstigen Kreditanstalten.

Nach der im gewerblichen Kreditverkehr üblichen Sicherungs-

- 1) z.B. einen Depotwechsel vgl. WEIMAR Sicherung von Krediten S. 64; KOMANNS S. 9; SCHOLZ S. 198 (Anm. 205); BAUMBACH-HEFERMEHL Art. 19 WG Anm. 1, Art. 18 Anm. 7 ff.
- 2) vgl. z.B. §§ 11 - 16 der Anleihebedingungen der "50 Mill. grundbuchlich gesicherten 5 1/2 % Inhaber-Teilschuldverschreibungen von 1959" der ESSO AG, veröffentlicht in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 11. Oktober 1960.

zweckerklärung (Haftungsrevers, Verwendungszweckerklärung)¹⁾, nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute²⁾ und zum Teil auch nach ihren Grundschnldbestellungsformularen³⁾ dient die Grundschnld als Sicherheit für alle Ansprüche, die dem Kreditinstitut gegen den Sicherungsvertragsschnldner (oder gegen einen bestimmten Dritten) zustehen oder zustehen werden. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute bestimmen darüber hinaus, daß die Grundschnld auch dann für sämtliche Forderungen haftet, wenn sie dem Kreditinstitut als Sicherheit nur für eine besondere Forderung gegeben worden ist.²⁾ Etwas anderes gilt nur, wenn die Haftung für andere Forderungen ausdrücklich ausgeschlossen wurde.²⁾ Die Haftung der Grundschnld für die gesicherten Forderungen gilt nach den Sicherungszweckerklärungen und den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ohne Rücksicht darauf, aus welchem Grund (z.B. aus Geschäftsverbindung, insbesondere Kreditgewährung, aus Wechseln, Bürgschaft oder sonstigem Rechtsgrund) die gesicherten Ansprüche

-
- 1) vgl. Formulare der DEUTSCHEN BANK "Erklärung über den Sicherungszweck einer Grundschnld" (W) Fzw. 253 1 57; der DRESDNER BANK Allg. 1605 a u. b 2/11.57; der COMMERZBANK "Haftungsrevers" 374 Z. u. F/17023; der gewerblichen Kreditgenossenschaften (VOLKSBANKEN) "Zweckerklärung für Grundschnlden" Nr. 128/268 DGV 10.60; des Verbandes der ländlichen Genossenschaften (RAIFFEISEN) "Verwendungszweckerklärung für eine zur Sicherung von Verbindlichkeiten bestellte Grundschnld" K 40 - FA 58/5782; der SPARKASSEN "Kreditvertrag" Nr. 9250. Der Wortlaut dieser Formulare ist im Anhang abgedruckt, soweit er für die vorliegende Arbeit von Bedeutung ist.
 - 2) vgl. die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der DEUTSCHEN BANK, der COMMERZBANK, der DRESDNER BANK, der gewerblichen Kreditgenossenschaften (VOLKSBANKEN) Ziff. 19 Abs. 4; AGB der SPARKASSEN Ziffer 19 Abs. 3; AGB des Verbandes der ländlichen Genossenschaften (RAIFFEISEN) Ziffer 25 Abs. 2. Die Sicherungsgrundschnlden fallen unter diese Regelung. Es wird ausdrücklich von "sicherungsweise abgetretenen Rechten" gesprochen. Der Wortlaut dieser Bestimmungen ist ebenfalls im Anhang abgedruckt.
 - 3) z.B. Formular der gewerblichen Kreditgenossenschaften (VOLKSBANKEN) "Bestellung einer Briefgrundschnld" Nr. 128/265 DGV 3.60 unter III; dieser Teil des Formulars ist im Anhang abgedruckt.

entstanden oder auf das Kreditinstitut übergegangen sind.¹⁾

Der Sicherungsvertrag hat nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen²⁾ weiter den Inhalt, daß die Grundschild aus Zweckmäßigkeitsgründen nach Ermessen des Kreditinstituts schon vor der Fälligkeit der gesicherten Forderungen gekündigt und eingezogen werden kann. Auf dieses Recht der Kreditinstitute wird in den Sicherungszweckerklärungen entweder noch einmal ausdrücklich hingewiesen (so bei der DRESDNER BANK³⁾) oder es wird lediglich durch den allgemeinen Verweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf dieses Recht Bezug genommen. Im übrigen sind die Kreditinstitute nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen befugt, die Sicherheiten ohne gerichtliches Verfahren unter tunlichster Rücksichtnahme auf den Sicherungsvertragsschuldner zu beliebiger Zeit an einem ihnen geeignet erscheinenden Ort auf einmal oder nach und nach zu verwerten, wenn die Schuldner der gesicherten Forderungen ihren Verbindlichkeiten bei Fälligkeit nicht nachkommen oder wenn der Sicherungsvertragsschuldner mit seiner Verbindlichkeit, eine Sicherheit oder weitere Sicherheiten zu bestellen, in Verzug gerät.⁴⁾ Diese Berechtigung ist teilweise in den Sicherungszwecker-

-
- 1) so ausdrücklich: Formulare der DEUTSCHEN BANK "Erklärung über den Sicherungszweck usw." (W) FzW 253 1 57; der DRESDNER BANK Allg. 1605 a 2/11.57 und Allg. 1605 b 2/11.57 unter Ziffer 1; der COMMERZBANK "Haftungsrevers" 374 Z. u. F./71023; der gewerblichen Kreditgenossenschaften (VOLKSBANKEN) "Zweckerklärung für Grundschilden" Nr. 128/268 DGV 10.60 und "Bestellung einer Briefgrundschild usw." Nr. 128/265 DGV 3.60; des Verbandes der ländlichen Genossenschaften (RAIFFEISEN) "Verwendungszweckerklärung usw." K 40 - FA 58/7582/61; der SPARKASSEN "Kredit-Vertrag" Nr. 9250 unter Ziffer 7.
Vgl. im übrigen: AGB der DEUTSCHEN BANK, der COMMERZBANK, der DRESDNER BANK, der gewerblichen Kreditgenossenschaften (VOLKSBANKEN) Ziffer 19 Abs. 4; AGB der SPARKASSEN Ziffer 19 Abs. 3; AGB des Verbandes der ländlichen Genossenschaften (RAIFFEISEN) Ziffer 25 Abs. 2.
- 2) vgl. AGB der DEUTSCHEN BANK, der DRESDNER BANK, der COMMERZBANK, der gewerblichen Kreditgenossenschaften (VOLKSBANKEN) Ziffer 21 Abs. 3 Satz 3 in Verbindung mit Abs. 2; der SPARKASSEN Ziffer 20 Abs. 5 Satz 3 in Verbindung mit Abs. 4.
- 3) DRESDNER BANK Formular Allg. 1605 b 2/11.57
- 4) vgl. AGB der DEUTSCHEN BANK, der DRESDNER BANK, der COMMERZBANK, der gewerblichen Kreditgenossenschaften (VOLKSBANKEN), der SPARKASSEN Ziffer 20 Abs. 1; des Verbandes der ländlichen Genossenschaften (RAIFFEISEN) Ziffer 27 Abs. 1

klärungen noch einmal wiederholt oder es wird noch einmal ausdrücklich auf die Verwertungsbefugnis in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwiesen, so in der Sicherungszweckerklärung der COMMERZBANK. Im übrigen wird lediglich durch den allgemeinen Verweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf dieses Recht Bezug genommen.

Die Kreditinstitute dürfen die Grundschild nach bestem Ermessen, insbesondere auch freihändig, verwerten. Falls keine besondere Zustimmung des Sicherungsvertragsschuldners vorliegt, hat das Kreditinstitut die Grundschild bei freihändiger Verwertung nur zusammen mit der gesicherten Forderung und nur in einer im Verhältnis zu ihr angemessenen Höhe zu verkaufen. Bei Verwertung der Grundschild darf das Kreditinstitut ohne vorherige Befragung des Sicherungsvertragsschuldners alle Maßnahmen und Vereinbarungen mit dem Eigentümer des belasteten Grundstücks treffen, die es zur Verwertung der Grundschild für erforderlich hält. Es kann insbesondere Stundungen oder Nachlässe gewähren oder Vergleiche abschließen. Eine Verpflichtung zur Verwertung und eine Haftung für ihre Durchführung übernimmt das Kreditinstitut nicht.¹⁾ Der Sicherungsvertragsschuldner ist hingegen nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen verpflichtet, auf Verlangen des Kreditinstituts die Zahlung an dieses auf seine Kosten zu betreiben.¹⁾ Über ihren Einzug hat der Sicherungsvertragsschuldner dann selbst zu wachen und das Kreditinstitut über das Ergebnis zu unterrichten.²⁾

Wenn und soweit die Grundschild vor Fälligkeit der gesicherten Forderungen verwertet werden darf, tritt nach den Sicherungszweckerklärungen der DRESNER BANK, der DEUTSCHEN BANK und der COMMERZBANK der Erlös aus der Verwertung der Grundschild bis zur vollständigen Erledigung aller gesicherten Ansprüche als Sicherheit an die Stelle der Grundschild bzw. kann von diesen Institu-

1) AGB der DEUTSCHEN BANK, der DRESNER BANK, der COMMERZBANK, der gewerblichen Kreditgenossenschaften (VOLKSBANKEN) Ziffer 21 Abs. 2 und 3; der SPARKASSEN Ziffer 20 Abs. 4 und 5; des Verbandes der ländlichen Genossenschaften (RAIFFEISEN) Ziffer 27 Abs. 2

2) AGB der DEUTSCHEN BANK, der DRESNER BANK, der COMMERZBANK, der gewerblichen Kreditgenossenschaften (VOLKSBANKEN) Ziffer 19 Abs. 6, der SPARKASSEN Ziffer 19 Abs. 4, des Verbandes der ländlichen Genossenschaften (RAIFFEISEN) Ziffer 26.

ten als Sicherheit anstelle der Grundschild behandelt werden.¹⁾
In den Sicherungszweckerklärungen der COMMERZBANK und der DEUTSCHEN BANK wird diesen Instituten das Recht eingeräumt, sich aus dieser Sicherheit jederzeit wegen der gesicherten Ansprüche zu befriedigen.

Weiter wird in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute bestimmt, daß Kosten und Auslagen, die bei der Bestellung, Verwaltung oder Verwertung von Sicherheiten erwachsen, sowie Prozeßkosten vom Sicherungsvertragsschuldner zu tragen sind.²⁾
Das Kreditinstitut ist nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen verpflichtet, auf Verlangen des Sicherungsvertragsschuldners die Grundschild oder den Erlös aus der Verwertung der Grundschild freizugeben, soweit ihr Wert die vereinbarte Deckungsgrenze (Höhe der gesicherten Forderungen) nicht nur vorübergehend überschreitet.³⁾
Über die Erhaltung und Sicherung der Grundschild hat der Sicherungsvertragsschuldner selbst zu wachen und das Kreditinstitut entsprechend zu unterrichten.⁴⁾

In den Sicherungszweckerklärungen der Kreditinstitute⁵⁾ und zum Teil auch in den Formularen über Grundschildbestellung bzw. Anträge auf Grundschildeintragung wird weiter vereinbart, daß eine Zahlung nicht ohne die Zustimmung des Kreditinstituts auf die Grundschild zu verrechnen ist, solange die gesicherten Forderungen noch nicht alle erfüllt sind. Den Kreditinstituten wird es teils freige-

- 1) vgl. Formular der DRESDNER BANK Allg. 1605 b 2/11.57 Ziff. 2 Satz 2; der DEUTSCHEN BANK (W) Fzw. 253 1 57, Absatz 5 Satz 2, 1. Halbsatz; der COMMERZBANK 374 Z. u. F./71023, Absatz 7
- 2) AGB der DEUTSCHEN BANK, der DRESDNER BANK, der COMMERZBANK, der gewerblichen Kreditgenossenschaften (VOLKSBANKEN), der SPARKASSEN Ziffer 22, des Verbandes der ländlichen Genossenschaften (RAIFFEISEN) Ziffer 29
- 3) AGB der DEUTSCHEN BANK, der DRESDNER BANK, der COMMERZBANK, der gewerblichen Kreditgenossenschaften (VOLKSBANKEN) Ziffer 19 Abs. 7, der SPARKASSEN Ziffer 19 Abs. 5 Satz 2
- 4) AGB der DEUTSCHEN BANK, der DRESDNER BANK, der COMMERZBANK, der gewerblichen Kreditgenossenschaften (VOLKSBANKEN) Ziffer 19 Abs. 6, der SPARKASSEN Ziffer 19 Abs. 4, des Verbandes der ländlichen Genossenschaften (RAIFFEISEN) Ziffer 26
- 5) vgl. Formulare der DEUTSCHEN BANK (W) Fzw 253 1 57, Absatz 4 und der DRESDNER BANK Allg. 1605 a 2/11.57, Absatz 3

stellt, worauf sie die Leistungen anrechnen wollen (so bei der DRESDNER BANK). Teils wird vereinbart, daß die Tilgungsleistungen als Zahlungen auf die gesicherte Forderung gelten oder zu verrechnen sind (so bei der COMMERZBANK, der DEUTSCHEN BANK, den gewerblichen Kreditgenossenschaften (VOLKSBANKEN) und bei dem Verband der ländlichen Genossenschaften (RAIFFEISEN)).

Für den Fall, daß in der Person der Inhaber oder in den Rechtsverhältnissen der Firma des Sicherungsvertragsschuldners eine Änderung eintritt, wird in den Sicherungszweckerklärungen¹⁾ bestimmt, daß das Recht der Kreditinstitute zur Inanspruchnahme der Grundsuld auch für die nach Eintritt dieser Änderung entstehenden Forderungen nicht berührt wird. Auch soll die mit der Grundsuld bestellte Sicherheit bestehen bleiben, falls das Kreditinstitut den Kredit, den es dem Forderungsschuldner schon bewilligt oder noch zu bewilligen hat, beliebig abändert, Sicherheiten jeder Art bzw. Vorzugsrechte für die gesicherten Forderungen aufgegeben werden oder einem gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleich zwischen Forderungsschuldner und Forderungsgläubiger zustimmt.

Ist die Forderung erfüllt, dann darf die Grundsuld nicht mehr geltend gemacht werden. Dasselbe gilt für den noch bestehenden Teil der Grundsuld, wenn sie in Höhe des Forderungsbetrages abgelöst wurde. Er ist auch nach diesem Sicherungsvertrag dem Sicherungsvertragsschuldner oder einem von ihm benannten Dritten zurückzugewähren. Diese Rückgewährpflicht ist in den Sicherungszweckerklärungen der DRESDNER BANK, der COMMERZBANK und der DEUTSCHEN BANK noch ausdrücklich erwähnt.

In den Sicherungszweckerklärungen sind außerdem teilweise noch Fragen über Verlangen von Urkunden, Nachweisen und Auskünften, die für die Verwaltung oder Verwertung der Grundsuld von Bedeutung sind, über das Recht, das belastete Grundstück zu besichtigen, über die Abtretung von Rückgewähransprüche gegen Gläubiger im Range vorgehender oder gleichstehender Grundschulden, über

1) vgl. Formulare: der gewerblichen Kreditgenossenschaften (VOLKSBANKEN) "Bestellung einer Briefgrundsuld" Nr. 128/265 DGV 3.60; des Verbandes der ländlichen Genossenschaften (RAIFFEISEN) Nr. K 44/FA 7747 - III - 1961. Die Formulare sind im Anhang soweit abgedruckt, wie ihr Wortlaut für diese Arbeit von Bedeutung ist.

die Übernahme einer persönlichen Haftung für den Eingang des Grundschuldbetrages und ähnliche Fragen geregelt.

Dieser Sicherungsvertrag hat fiduziarischen Charakter, da selbst bei einer Verwertung der Grundschild vor Fälligkeit der gesicherten Forderung der Erlös als Sicherheit zu verwenden ist und da die Kreditinstitute sich erst dann aus dem Erlös wegen der gesicherten Forderung befriedigen, wenn diese Forderung fällig geworden ist. Denn ein "fiduziarischer" Vertrag erfordert, daß die Sicherheit erst dann zur Tilgung der gesicherten Forderung verwendet wird, wenn die Forderung nach ihrer Fälligkeit nicht erfüllt wird.¹⁾ Soweit die Kreditinstitute das Recht besitzen, sich aus dem Erlös jederzeit wegen der gesicherten Ansprüche vor deren Fälligkeit zu befriedigen, ist der fiduziarische Charakter dieses Sicherungsvertrages nicht vollkommen gewahrt.

3) Der Vertrag bei der "zahlungshalber" bestellten Grundschild.

Dieser Vertrag hat den Inhalt, daß die Grundschild vor der Geltendmachung der gesicherten Forderung zu verwerten ist und daß erst dann auf die Forderung gegen Rückgewähr der Grundschild zurückgegriffen werden darf, wenn die Verwertung der Grundschild ohne zwangsweise Durchsetzung (Klage, Zwangsvollstreckung) nicht möglich ist.

Im Gegensatz zum fiduziarischen Sicherungsvertrag verfolgt dieser Vertrag nicht vorwiegend den Sicherungszweck. Vielmehr dient er in erster Linie noch dem zusätzlichen Zweck, daß der Vertragsgläubiger sich um die Verwertung der Grundschild zu bemühen hat. Der Vertrag gleicht in seinem Inhalt den Verträgen, in denen die Hingabe eines Wechsels zahlungshalber²⁾ und in denen eine Verpflichtung erfüllungshalber (§ 364 Abs. 2 BGB) vereinbart wird. Für die aufgrund eines solchen Vertrages bestellte Grundschild wird - entsprechend dem Sprachgebrauch im Wechselrecht - die Bezeichnung: Grundschild "zahlungshalber" in der vorliegenden Arbeit verwendet.

Der Begriff "zahlungshalber" wird in dem Sinne verstanden, daß der Grundschildgläubiger die Befriedigung zuerst aus der Grund-

1) vgl. S. 41

2) vgl. AXER Diss. S. 27, 30; KLAUSING S. 373; ADLER Z.ges.HR Bd. 64, 151/152; BAUMBACH-HEFERMEHL WG Einl. VI 2 ff. (Anm. 28 ff., S. 26 ff.)

schuld zu suchen hat und daß er erst dann auf die gesicherte Forderung zurückgreifen darf, wenn dem Grundschildgläubiger die Befriedigung aus der Grundschild nicht gelingt. Die Grundschild ist dann zurückzugewähren.¹⁾ Der Begriff "zahlungshalber" entspricht dem Begriff "erfüllungshalber" im Sinne des § 364 Abs. 2 BGB.²⁾

Dieser der zahlungshalber bestellten Grundschild zugrunde liegende Vertrag wird gelegentlich als "Sicherungsvertrag" bezeichnet.³⁾ An sich könnte man diese Bezeichnung verwenden, da der Begriff "sichern" kein eindeutiger technischer Rechtsbegriff, sondern nur ein der Rechtssprache angehöriger Ausdruck ist, mit dem auf einen der Verwirklichung in mannigfacher Weise zugänglichen Zweck oder Erfolg hingewiesen wird.⁴⁾ Jedoch wäre eine solche Verwendung des Begriffs mißverständlich. Denn die Hingabe einer Grundschild zahlungshalber sichert den Forderungsgläubiger nur insofern, als er zu seinem Forderungsrecht noch den Anspruch aus der Grundschild, aus der er Befriedigung zu suchen hat, erhält. Im übrigen soll die Grundschild nicht die Forderung nur sichern, sondern sie soll in erster Linie zur Erfüllung der Forderung beitragen. So werden denn auch die Begriffe "Sicherungsvertrag" und "Sicherungsgrundschild" von der Literatur, Rechtsprechung und Praxis vorwiegend nur in Bezug auf die Rechtsverhältnisse bei der fiduziarischen Grundschild verwendet.⁵⁾ Aus Gründen einer einheitlichen Terminologie sollten diese Begriffe auch nur in diesem Sinne gebraucht werden. Aus diesem Grunde sind auch nur die unter 1) und 2) behandelten Verträge als Sicherungsverträge bezeichnet.

1) vgl. RGZ 153, 179 (182); BGHZ 3, 238 (242); BAUMBACH-HEFERMEHL WG Einl. vor Art. 1, Anm. 28 ff. (S. 26 ff.); KLAUSING S. 373; ADLER Z. ges. HR Bd. 64, 151/152; AXER Diss. S. 27, 30

2) vgl. PALANDT-DANCKELMANN § 364 Anm. 4 b; ENNECCERUS-LEHMANN § 65, 4

3) vgl. WEISBECKER S. 12, der unter der "Sicherungsgrundschild" die fiduziarisch und die zahlungshalber bestellte Grundschild versteht.

4) RGZ 142, 317 (320)

5) vgl. WESTERMANN SachenR § 116 I; WOLFF-RAISER § 132 II 2; STAUDINGER-KOBER § 1191 Anm. 6; FELGENTRAEGER Festschrift für J.v.GIERKE S. 144; JANBERG DFG 1939, 57 Fußnote 1; RIFFEL DFG 1938, 185 (186); GRÖNHOF Diss. S. 9

Abschnitt 4: Der Sicherungsvertrag bei der fiduziarisch
bestellten Grundschild.

Im Folgenden soll die Verwendung der Grundschild als fiduziarisches Sicherungsmittel näher untersucht werden. Im Mittelpunkt der Untersuchungen wird der allgemeine fiduziarische Sicherungsvertrag, dessen Inhalt unter Abschnitt 3 zu 1) kurz dargelegt wurde,¹⁾ stehen. Wie bereits in der Einleitung gesagt wurde, können die Gegenrechte und anderen Verteidigungsmöglichkeiten, die bei der Hypothek sich schon weitgehend aus der Hypothekenforderung ergeben und die nach § 1137 BGB auch der Eigentümer geltend machen kann, bei der Grundschild wegen ihrer Unabhängigkeit von der gesicherten Forderung nur aus den ihr zugrunde liegenden schuldrechtlichen Verhältnissen hergeleitet werden (vgl. § 1157 BGB). Um die Grundschild in ihrer gesamten rechtlichen und wirtschaftlichen Tragweite verstehen zu können, werden diese schuldrechtlichen Rechtsbeziehungen im Mittelpunkt der Untersuchungen stehen müssen.

Der allgemeine fiduziarische Sicherungsvertrag wurde ausgewählt, weil sich an seiner Regelung die Probleme am deutlichsten überblicken lassen. Wenn auch der Sicherungsvertrag, der im Verkehr mit Banken und sonstigen Kreditinstituten gilt, in der Praxis häufiger vorkommt, wie aus den Statistiken (Posten "Echte Real-kredite - Banken und sonstige Kreditanstalten") zu entnehmen ist, so ist dieser Sicherungsvertrag doch nur eine Abwandlung des allgemeinen fiduziarischen Sicherungsvertrages. Denn nur hinsichtlich der Voraussetzungen sowie der Durchführung der freihändigen Verwertung ist er auf die Bedürfnisse der Kreditinstitute zugeschnitten worden.

A. Vorbemerkung: Allgemeine Begriffsbestimmung

Ein fiduziarischer Sicherungsvertrag liegt nach der oben²⁾ gegebenen Bestimmung vor, wenn die Grundschild dem Gläubiger nur zur Sicherung einer Forderung oder eines anderen Vermögenswertes bestellt ist. Der Sicherungsvertragsgläubiger hat die Grundschild nach Befriedigung der gesicherten Forderung dem Sicherungsvertragsschuldner zurückzugewähren. Er darf sich nur dann aus der Grundschild befriedigen, wenn die Forderung nach ihrer Fälligkeit nicht erfüllt wird.

1) S. 41 ff.

2) S. 41

Dieser fiduziarische Sicherungsvertrag ist eine Vollrechtsübertragung mit einer (inneren) schuldrechtlichen Zweckbindung, bei der der rechtliche Erfolg über den wirtschaftlichen Zweck hinausreicht.¹⁾ Die Grundsuld wird hier wie bei allen fiduziarischen Geschäften mit der Verpflichtung übertragen, sie nur zu dem vereinbarten Zweck der Sicherung auszuüben und sie gegebenenfalls nach Erreichung des Zwecks zurückzuübertragen.²⁾

a) Abgrenzung vom Pfandrecht

Der fiduziarische Sicherungsvertrag hat die gleiche wirtschaftliche Bedeutung und Aufgabe wie der Pfandvertrag. Das übertragene Recht soll nach den vertraglichen Vereinbarungen erst dann ausgeübt werden, wenn nach den gesetzlichen Vorschriften Pfandreife (vgl. § 1228 Abs. 2 BGB) eintritt und wenn auch ein verpfändetes Recht geltend gemacht werden kann. Doch liegt bei der fiduziarischen Rechtsübertragung gegenüber dem Pfandrecht bei gleichem wirtschaftlichen Zweck eine diesen Zweck überschießende Rechtsmacht, eine Divergenz zwischen Können und Dürfen, vor.³⁾ Gegenüber dem Pfandrecht kann der fiduziarische Sicherungsvertrag inhaltlich freier gestaltet und den individuellen Bedürfnissen mehr angepaßt werden, da das fiduziarische Sicherungsverhältnis nicht gesetzlich zwingend geregelt ist.

b) Zugehörigkeit zum Kreditsicherungsrecht

Der fiduziarische Sicherungsvertrag ist auch Teil des gesamten Kreditsicherungsrechts (wie z.B. Sicherungsübereignung, Hingabe eines Wechsels "sicherungs- oder zahlungshalber", Verpfändung beweglicher Sachen und Rechte auch zum Kreditsicherungsrecht gehören). Für dieses Rechtsgebiet lassen sich keine gemeinsamen Regelungen aufstellen, die dann auf den Sicherungsvertrag, welcher der fiduziarisch bestellten Grundsuld zugrunde liegt,

1) vgl. LEHMANN Allg. T. § 34 II 2 b

2) SIEBERT S. 146; ENNECCERUS-NIPPERDEY § 139 II

3) SIEBERT S. 146; ENNECCERUS-NIPPERDEY § 148 II vor 1;
RGR-Komm. Vorbem. vor § 104 Anm. 8;
BGHZ 11, 37; RGZ 160, 52 (57)

anzuwenden wären.¹⁾ Dieses Rechtsgebiet ist für eine solche gemeinsame Betrachtung in der interessenmäßigen Gestaltung nicht gleichartig genug. Es umfaßt u.a. akzessorische wie nicht-akzessorische Rechte, fiduziarische und andere Sicherungsverträge. Für alle diese Rechte lassen sich keine gemeinsamen Regelungen finden. Soweit die dem Kreditsicherungsrecht angehörigen Rechte fiduziarischen Charakter besitzen, können Vorschriften, welche diese Rechte regeln, auf die fiduziarische Grundschild wegen der gleichartigen Interessenlage bei den fiduziarisch bestellten Rechten angewendet werden.

B. Der Inhalt des fiduziarischen Sicherungsvertrages im einzelnen

I. Ansprüche des Sicherungsvertragsgläubigers

1) Anspruch auf Bestellung der Grundschild.

Der Sicherungsvertragsgläubiger kann die Bestellung (bzw. Übertragung) der Grundschild wie im Sicherungsvertrag vereinbart verlangen. Im Vertrag kann bestimmt werden, ob die Grundschild für ihn selbst oder für einen bestimmten Dritten als Grundschildgläubiger zu bestellen ist. Der Dritte kann aufgrund der Vereinbarungen im Sicherungsvertrag das Recht erworben haben, die Bestellung der Grundschild zu verlangen (vgl. § 328 BGB).²⁾ Er hat im Zweifel ein solches Recht erworben, wenn die Grundschild für einen doppelseitigen Treuhänder bestellt werden soll. So wird bei Sicherung von Anleiheforderungen aus praktischen Erwägungen im Zweifel nicht die große Zahl der Anleihegläubiger, sondern die die Anleihe verwaltende und betreuende Bank als Treuhänderin Gläubigerin der Grundschild sein sollen.

Bei der Hypothek ergibt sich der Anspruch auf ihre Bestellung ebenfalls aus dem Sicherungsvertrag. Jedoch ist es nicht möglich,

1) SCHOLZ (S. 3,5,6,7,9,21,70 ff.) versucht, eine gemeinsame Betrachtung durchzuführen und neue Begriffe, wie "Sicherungsvertrag" (=Dingliche Einigung bei akzessorischen Rechten, Sicherungsvertrag bei nicht-akzessorischen Rechten, durch welche die Zweckbindung zwischen dinglichem Recht und gesicherter Forderung entsteht), "geborene" und "gekorene" Sicherheiten (= akzessorische - nicht-akzessorische Rechte), einzuführen. Gegenüber der bisherigen Dogmatik bringen diese neuen Begriffe keinen Fortschritt; sie werden deshalb in der vorliegenden Arbeit nicht verwendet.

2) vgl. SIEBERT S. 200/201

daß sie einem Treuhänder bestellt wird, der nicht zugleich Forderungsgläubiger ist. Denn Forderungsgläubiger und Grundpfandrechtsgläubiger können nicht zwei verschiedene Personen sein, da nach § 1153 BGB die Hypothek mit der gesicherten Forderung untrennbar verbunden ist. Einen Ausweg aus dieser schwierigen Lage bei der Hypothek bietet die Möglichkeit, einen Grundbuchvertreter zu bestellen. Nach § 1189 BGB kann bei einer Hypothek der im § 1187 BGB bezeichneten Art für den jeweiligen Gläubiger ein Vertreter mit der Befugnis bestellt werden, mit Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen und den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten.

2) Recht des Sicherungsvertragsgläubigers zum Behalten der Grundschild

Der Sicherungsvertragsgläubiger hat das Recht, daß er (bzw. der Dritte) die Grundschild so lange behalten kann, bis der Sicherungszweck fortgefallen ist. Der Sicherungszweck ist weggefallen, wenn

- (1) die gesicherte Forderung nicht entstanden ist und nicht mehr entstehen wird,
- (2) die Forderung erloschen ist oder
- (3) die Forderung einredebehaftet ist und nicht mehr durchgesetzt werden kann,¹⁾ Ausnahme: § 223 Abs. 2 BGB.

Der Sicherungszweck ist bezüglich des Teiles der Grundschild fortgefallen, der zur Sicherung der Forderung (einschließlich Zinsen, Kosten) nicht benötigt wird.²⁾ Bei einredebehafteten Forderungen ist der Sicherungszweck deshalb fortgefallen, weil nach dem Willen der Sicherungsvertragsparteien die Forderung durch die Grundschild nur in dem Umfang gesichert werden soll, wie aus der Forderung Befriedigung gesucht werden kann. Nur so weit geht das Leistungsinteresse an der Grundschild.

Denn das Leistungsinteresse ist das Interesse des Sicherungsvertragsgläubigers daran, daß der Sicherungsvertragsschuldner die vereinbarte Leistung erbringt.³⁾ Diese Leistung stellt die Bestellung der Grundschild dar. Das Interesse des Sicherungsvertrags-

1) Diesen Fall nennen ausdrücklich: WESTERMANN SachenR § 116 III 1 a; PLANCK-STRECKER § 1192 Anm. 6 b

2) vgl. dazu näher die Ausführungen S. 134

3) vgl. ENNECCERUS-LEHMANN § 1 IV vor 1

gläubigers besteht nach den Vereinbarungen der Sicherungsvertragsparteien darin, daß die Grundschild zur Sicherung bestimmter Forderungen dient. Die Zweckbestimmung, daß die Leistung des Schuldners als Mittel zur Befriedigung eines bestimmten Interesses des Gläubigers geschuldet wird, ist dem Forderungsrecht wesentlich.¹⁾ Diese Zweckbestimmung ist gleichzeitig der im Sicherungsvertrag zum Ausdruck gekommene typische Geschäftszweck²⁾ und zugleich die "causa" (= "Rechtsgrund")³⁾ des Sicherungsvertrages.²⁾ Beim fiduziarischen Sicherungsvertrag ist der Geschäftszweck der fiduziarische Sicherungszweck. Dem Inhalt dieses Sicherungsvertrages ist es gemäß, daß das Interesse des Sicherungsvertragsgläubigers an der Leistung des Sicherungsvertragsschuldners durch den Zweck bestimmt ist, die Forderungen durch die zu bestellende Grundschild fiduziarisch zu sichern. Wenn dieser Sicherungszweck nicht mehr gegeben ist, ist damit auch das Leistungsinteresse fortgefallen. Da das Leistungsinteresse, dem Sicherungszweck entsprechend, zum Bestandteil des Sicherungsvertrages gemacht ist, verliert der Gläubiger damit auch das Recht zum Behalten der Grundschild.⁴⁾

Als Folge des Wegfalls dieses Rechts erhält nun der Sicherungsvertragsschuldner den Anspruch auf Rückgewähr der Grundschild. Er kann die Rückgewähr nur so weit verlangen, wie die Grundschild zur Befriedigung der gesicherten Forderung nicht verwertet wurde. Steht dem Eigentümer eine dauernde Einrede gegen den Grundschildgläubiger zu, dann kann er nach den §§ 1169, 1192 Abs.1 BGB den Verzicht auf die Grundschild verlangen. Verzichtet der Grundschildgläubiger auf die Grundschild, dann erwirbt sie der Eigentümer nach § 1168 BGB.

- 1) ENNECCERUS-LEHMANN § 1 IV vor 1 und 1; ENNECCERUS-NIPPERDEY 2. Halbbd. § 148 I 3, 5; LARENZ SchuldR Bd. II § 62 I a; PALANDT-DANCKELMANN Überbl. vor § 104 Anm. 3 e; RGR-Komm. Vorbem. vor § 104 Anm. 7
- 2) LARENZ SchuldR Bd. II § 62 I a (S. 314); ESSER SchuldR § 14,3; § 15, 1 und 3
- 3) Zur Klarstellung der Verwendung der Begriffe "causa" und "Rechtsgrund" sei darauf hingewiesen, daß diese Begriffe in der Literatur und Rechtsprechung außerdem noch in der Bedeutung "Rechtsgrund" ("causa") einer Leistung gebraucht werden. Die Verwendung der Begriffe in diesem Sinne ist von dem Gebrauch der Begriffe in dem oben angegebenen Sinne als Rechtsgrund einer Verpflichtung zu unterscheiden. Vgl. dazu näher LARENZ SchuldR Bd. II § 62 I a (S. 314/315)
- 4) vgl. ENNECCERUS-LEHMANN § 1 IV vor 1 und 1; ESSER SchuldR § 85, 2; RGSt 69, 223 (224/225)

Bei der Hypothek hat der Hypothekengläubiger auch das Recht, die Hypothek bis zum Wegfall des Sicherungszweckes zu behalten (vgl. §§ 1163, 1169 BGB). Andernfalls könnte der Sicherungsvertragsschuldner aufgrund der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§ 812 BGB) den Verzicht auf die Hypothek verlangen. Erst bei Nichtentstehen oder Wegfall der Hypothekenforderung geht die Hypothek auf den Eigentümer über. Bei Bestehen einer mit einer dauernden Einrede behafteten Hypothekenforderung kann der Eigentümer nach § 1169 BGB den Verzicht auf die Hypothek verlangen,¹⁾ da er nach § 1137 BGB die dem Forderungsschuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden auch gegen die Hypothek geltend machen kann. Im übrigen kann er die Rückgewähr der Hypothek nicht verlangen. Die Regelung des Behaltens des Grundpfandrechts bis zum Wegfall des Sicherungszweckes ist folglich bei Hypothek und Grundschuld ähnlich gestaltet.

3) Recht des Sicherungsvertragsgläubigers auf Verwertung der Grundschuld.

Mit der Frage des Behaltens der Grundschuld durch den Sicherungsvertragsgläubiger ist die Frage nach seinem Verwertungsrecht aus der Grundschuld verbunden.

a) Verwerten - Begriff

Verwerten bedeutet, daß der Sicherungsvertragsgläubiger den Wert, den die Grundschuld als dingliche Grundstücksbelastung darstellt, in Geld oder andere Vermögenswerte umsetzt, um sich mit diesen Werten für die gesicherte Forderung zu befriedigen. Die Grundschuld kann im Wege der Zwangsvollstreckung (vgl. §§ 1191, 1192 Abs. 1, 1147 BGB; §§ 866 ff. ZPO; §§ 1 ff. ZVG) oder freihändig²⁾ verwertet werden.

Sinn und Zweck der Grundschuldverwertung ist es, daß der Forderungsgläubiger durch die Verwertung der Grundschuld den Betrag erhält, den er durch die nicht bzw. nur teilweise erfolgte Befriedigung der gesicherten Forderung bisher nicht erhalten hat. Wenn nun der Sicherungsvertragsgläubiger nicht mit dem Forderungsgläubiger personengleich ist, dann ist aus dem Sicherungsvertrag im Zweifel die Verpflichtung des Sicherungsvertragsgläubigers zu entnehmen, dafür zu sorgen, daß der Forderungsgläubiger den aus der Grundschuldverwertung stammenden Betrag erhält. Denn der aus der Verwertung erzielte Erlös soll der Befriedigung der Forderung

1) vgl. PALANDT-HOCHE § 1169 Anm. 2; § 1137 Anm. 1 - 3

2) vgl. dazu näher die Ausführungen unten S.58 ff.

dienen. Gemäß § 267 BGB ist eine wirksame Leistung auf die Forderung durch den Sicherungsvertragsgläubiger möglich. Der Sicherungsvertragsgläubiger ist im Zweifel gegenüber dem Sicherungsvertragsschuldner, seinem Vertragspartner, zu dieser Handlung verpflichtet. Gegenüber dem Forderungsgläubiger ist er gemäß § 328 BGB nur dann verpflichtet, wenn besondere Umstände vorliegen, die auf die Zuwendung dieses Forderungsrechtes an den Forderungsgläubiger hinweisen. Die Vereinbarung dieser Verpflichtung dient zwar dem Interesse des Forderungsgläubigers. Doch läßt allein dieser Umstand ohne das Vorliegen weiterer besonderer Tatsachen nicht den Schluß zu, daß die Zuwendung des Forderungsrechtes an den Forderungsgläubiger von den Parteien des Sicherungsvertrages gewollt ist.

b) Verwertung der Grundschild im Wege der Zwangsvollstreckung.

Bei der Zwangsvollstreckung aus der Grundschild ist erforderlich, daß die Grundschild fällig ist (§§ 1193, 1192 Abs. 1, 1147 BGB). Sie kann als sofort fälliges Recht bestellt werden (§ 1193 Abs. 2 BGB). Falls eine solche Grundschild nicht bestellt wird, wird das Kapital der Grundschild nach § 1193 BGB erst nach vorgängiger Kündigung fällig. Die Kündigung steht sowohl dem Eigentümer als auch dem Grundschildgläubiger zu. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate.

Nach den §§ 1147, 1192 Abs. 1. BGB erfolgt die Befriedigung des Grundschildgläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Grundschild erstreckt, vgl. §§ 1120 - 1130 BGB. Voraussetzung der Zwangsvollstreckung ist ein dinglicher Titel gegen den Eigentümer.¹⁾ Solche Titel sind Urteile (§ 704 ZPO), Vollstreckungsbefehle (vgl. §§ 688, 699, 794 Abs. 1 Ziff. 4. ZPO), die in § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO genannten Vergleiche (insbesondere gerichtlich protokollierte Vergleiche) und vor allem vollstreckbare Urkunden (vgl. § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO).¹⁾ Vollstreckbare Urkunden lassen sich vor allem die Banken und andere Kredit-

1) SOERGEL-BAUR § 1147 Anm. 1, 2, § 1191 Anm. 10; PALANDT-HOCHE § 1147 Anm. 2 vor a; WESTERMANN SachenR §§ 101 II 2 b, 94 II 3, 114; WOLFF-RAISER SachenR § 139; STAUDINGER-KOBER § 1147 Anm. 15 ff.; PLANCK-STRECKER § 1147 Anm. 1

institute erteilen, wie schon oben dargelegt wurde.¹⁾ Sie können auch mit dem Inhalt vereinbart werden, daß die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll (§ 800 ZPO). In diesem Fall bedarf es der Eintragung der Unterwerfungsklausel in das Grundbuch (§ 800 S. 2 ZPO). Die gesicherte Forderung gibt einerseits nicht die Macht, die Zwangsvollstreckung mit dem Range der Grundschild zu betreiben. Das Vorhandensein eines persönlichen Schuldtitels schließt aber andererseits das Erwirken eines dinglichen Titels nicht aus; das gleiche gilt im umgekehrten Fall.²⁾ Es besteht die Möglichkeit, daß die gesicherte Forderung und die Grundschild bei der Klage und bei der Zwangsvollstreckung gemeinsam geltend gemacht werden.³⁾ Nach § 866 ZPO erfolgt die Zwangsvollstreckung in das Grundstück "durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung, durch Zwangsversteigerung und durch Zwangsverwaltung". Wird aus einer persönlichen Forderung in das Grundstück vollstreckt, dann kann als Zwangsvollstreckungsmaßnahme also keine Grundschild, sondern nur eine Sicherungshypothek eingetragen werden (§ 866 ZPO). Da andererseits die Grundschild nur einen dinglichen Duldungstitel ermöglicht, aber keine Forderung ist, dürfte die Eintragung einer Sicherungshypothek für den sich aus der Grundschild ergebenden dinglichen Duldungstitel nicht möglich sein.⁴⁾ Deshalb braucht auf die Frage, ob für die im Wege der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück eingetragene Sicherungshypothek ein eigener dinglicher Titel Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung aus dieser Sicherungshypothek ist, nicht weiter eingegangen zu werden. Diese Frage ist streitig; überwiegend wird ein eigener dinglicher Titel für diese Sicherungshypothek für erforderlich gehalten.⁵⁾

1) vgl. S. 23/24

2) SOERGEL-BAUR § 1147 Anm. 1, 2, § 1191 Anm. 10; PALANDT-HOCHE § 1147 Anm. 2 vor a; WESTERMANN SachenR §§ 101 II b, 94 II 3, 114; WOLFF-RAISER SachenR § 139; STAUDINGER-KOBER § 1147 Anm. 15 ff.; PLANCK-STRECKER § 1147 Anm. 1

3) SOERGEL-BAUR § 1147 Anm. 2

4) WIECZOREK ZPO-Komm. § 866 Anm. B II und BII a - b;
a.A. ohne Angabe von Gründen: PALANDT-HOCHE § 1147 Anm. 3 a

5) vgl. SOERGEL-BAUER § 1147 Anm. 2; BAUMBACH-LAUTERBACH ZPO-Komm. § 866 Anm. 1; STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE ZPO-Komm. Bd. II § 866 Anm. II;
WIECZOREK § 866 Anm. C

Die Vorschrift der §§ 1148, 1192 Abs. 1 BGB erleichtert für die dingliche Klage aus der Grundschild die Rechtsverfolgung. Hier- nach gilt bei Verfolgung des Rechts aus der Grundschild zugunsten des Grundschildgläubigers derjenige als Eigentümer, welcher im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Diese Vermutung ist un- widerlegbar. Der Eingetragene kann nicht einwenden, daß er nicht Eigentümer sei.¹⁾

Die Hypothek kann ebenfalls im Wege der Zwangsvollstreckung verwertet werden (vgl. §§ 1147, 1113 BGB; §§ 866 ff. ZPO; §§ 1 ff. ZVG). Insoweit besteht zwischen Hypothek und Grundschild kein Un- terschied. Auf das Problem, ob für die Zwangsvollstreckung aus der im Wege der Zwangsvollstreckung aus einer persönlichen Forderung eingetragenen Sicherungshypothek (vgl. 866 Abs. 1 ZPO) ein eigener dinglicher Titel erforderlich ist, ist schon oben hingewiesen wor- den.

c) Freihändige Verwertung der Grundschild.

Der vom Gesetz geregelte Weg, auf dem die Grundschild ver- wertet werden soll, ist der der Zwangsvollstreckung. Sie wird vom Gesetz als die regelmäßige Art der Verwertung angesehen, wie schon im vorigen Abschnitt²⁾ dargelegt wurde. Der Sicherungsver- tragsgläubiger kann aber die Grundschild auch anderweitig, nämlich durch Abtretung oder Verpfändung, verwerten. Ob er gegenüber dem Sicherungsvertragsschuldner hierzu befugt ist, kann sich nur aus dem Sicherungsvertrag ergeben.³⁾

Bei der freihändigen Verwertung der Grundschild besteht eine Spannung zwischen dem Interesse des Sicherungsvertragsschuldners an weitgehender Aufrechterhaltung der fiduziarischen Zweckbindung und dem Interesse des Sicherungsvertragsgläubigers an der Auf- hebung dieser Zweckbindung zu dem Zeitpunkt, von dem ab er die Grundschild verwerten darf, d.h. nach Fälligkeit der gesicherten Forderung. Je weiter die fiduziarische Zweckbindung aufrecht er- halten bleibt, in desto größerem Umfang können dem Erwerber der Grundschild Einreden aus dem Sicherungsvertrag (vgl. § 1157 BGB)

1) RGZ 94, 55 (57); PALANDT-HOCHE § 1148 Anm. 1

2) vgl. S. 56 ff.

3) WESTERMANN SachenR § 116 III 2 und II 2 b; RGZ 143, 113 (117) = JW 1934, 685; RG JW 1936, 2310

entgegengehalten werden. Denn das Gesetz verleiht der fiduziari-
schen Zweckbindung gewisse dingliche Wirkung durch die nach den
§§ 1157, 1192 Abs. 1 BGB gegebene Möglichkeit, Einreden gegen
die Grundschild aus dem Sicherungsvertrag zu erheben. Der Umfang
des Verwertungsrechts des Sicherungsvertragsgläubigers und das
Interesse des Erwerbers der Grundschild an ihrem Erwerb ist also
wesentlich davon abhängig, in welchem Maße die fiduziarische
Zweckbindung aufrecht erhalten oder gelöst wird und dementspre-
chend Einreden gegen den Erwerber möglich sind.

aa) Zulässigkeit oder Ausschluß der freihändigen Verwertung

In der Rechtsprechung und der Literatur haben sich über die
Frage der Zulassung der freihändigen Verwertung der Grundschild
als stillschweigend zustande gekommene Vereinbarung der Sicherungs-
vertragsparteien drei Meinungen herausgebildet.

Die erste Ansicht unter Führung des REICHSGERICHTS hat die
freihändige Verwertung der fiduziarisch bestellten Grundschild
zugelassen. Das RG ¹⁾ hat hierzu ausgeführt, der Sicherungsver-
tragsgläubiger sei berechtigt, nach Fälligkeit der gesicherten
Ansprüche Befriedigung aus der ihm fiduziarisch bestellten Grund-
schild zu suchen. Mit dieser Maßgabe sei er zur weiteren Abtretung
oder Verpfändung befugt. ²⁾ Der Ansicht des RG folgen WESTERMANN,
HOCHE, BAUR, RAISER und STRECKER; ³⁾ sie lassen die freihändige
Verwertung der Grundschild ebenfalls zu.

Der BUNDESGERICHTSHOF hat zwar zu der Frage des Verwertungs-
rechts des Sicherungsvertragsgläubigers noch nicht Stellung ge-
nommen. In dem interessenmäßig gleich liegenden Fall der fiduzia-
risch übertragenen, hypothekarisch gesicherten Forderung, die
wieder andere Forderungen sichern soll, hat er jedoch die frei-

-
- 1) RG JW 1928, 2782 (2784); RGSt 69, 223 (224 ff.); RGZ 143, 113 (117) = JW 1934, 685 ff.; RGZ 135, 357 (364). Die gleiche Mei-
nung vertritt das RG bei der Verwertung von sicherungsweise
übertragenen Forderungen: RGZ 95, 244 (245); RGSt 67, 273 (274)
und bei der Verwertung von sicherungsweise übereigneten beweg-
lichen Sachen: RG WarnRspr 1932 Nr. 86; RG Gruch Bd. 64 S. 482
 - 2) RG aaO., vgl. insb. RGSt 69, 223 (225); RG JW 1928, 2782 (2784);
RGZ 135, 357 (364)
 - 3) WESTERMANN SachenR § 116 II 2 b; PALANDT-HOCHE § 1191 Anm. 2 b
dd; SOERGEL-BAUR § 1191 Anm. 10, 3 und 5; WOLFF-RAISER
SachenR § 132 Fußnote 10; PLANCK-STRECKER § 1192 Anm. 6 a.

händige Verwertung zugelassen und ausgeführt,¹⁾ daß der Treunehmer (= Sicherungsvertragsgläubiger) das ihm sicherungshalber übertragene Recht verwerten dürfe, wenn der Schuldner der gesicherten Forderung schon längere Zeit im Verzug und eine alsbaldige Befriedigung von seiner Seite nicht zu erwarten sei.

Die zweite Ansicht wird von KOBER und WEIDEMANN vertreten.²⁾ Sie schließen die Möglichkeit der freihändigen Verwertung der Grundschild ganz aus. KOBER³⁾ meint, der Sicherungszweck bei der Sicherungsgrundschild bestehe darin, daß der Grundschildgläubiger bei Eintritt der Fälligkeit der gesicherten Forderung Befriedigung aus der Grundschild durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück suchen könne. WEIDEMANN⁴⁾ will aus dem fiduziarischen Charakter des Sicherungsvertrages herleiten, daß der Fiduziar (= Sicherungsvertragsgläubiger) die Grundschild nicht weiter übertragen dürfe. Im Anschluß an die RG-Rechtsprechung (insbesondere an RG JW 1905, 43), nach der in der fiduziarischen Sicherungsabtretung ein Auftrag enthalten sei und nach der die §§ 662 ff. BGB (bis auf § 664 BGB) in Verbindung mit Treu und Glauben auf den fiduziarischen Sicherungsvertrag anzuwenden seien, will WEIDEMANN weiter gehen und auch § 664 BGB anwenden: Im Zweifel dürfe die Ausführung des Auftrages und damit die Verwertung der Grundschild nicht einem Dritten übertragen werden; der Fiduziar (= Sicherungsvertragsgläubiger) dürfe nach Fälligkeit der Forderung seine Befriedigung aus dem Haftungsobjekt unter möglichster Schonung des Eigentümers suchen. Der Fiduziant (= Sicherungsvertragsschuldner) setze sein höchstes Vertrauen in den Fiduziar, wenn er ihm die Möglichkeit gebe, mit dem übertragenen Gegenstand zu schalten und zu walten, wie er wolle.

Die dritte Ansicht geht von der Regelung der freihändigen Verwertung aus, wie sie in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und in den meisten Sicherungszweckerklärungen der Kreditinstitute enthalten ist. Nach dieser Ansicht gilt deren Regelung auch außerhalb des Verkehrs mit den Kreditinstituten in den vertraglich nicht ausdrücklich geregelten Fällen als stillschweigend zustande gekommener Inhalt des Sicherungsvertrages. Die Kreditinstitute bestim-

1) Urteil vom 4. Juli 1956: Sparkasse 1957, 124 (126/127) mit Anmerkung von JOHANNSEN

2) STAUDINGER-KOBER § 1191 Anm. 6 (S. 1412); WEIDEMANN DJZ 1906 Sp. 1000 - 1004, insb. Sp. 1001/1002

3) STAUDINGER-KOBER § 1191 Anm. 6 (S. 1412)

4) WEIDEMANN DJZ 1906 Sp. 1000 - 1004, insb. Sp. 1001/1002

men in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen, daß, falls keine besondere Zustimmung des Sicherungsvertragsschuldners vorliege, das Kreditinstitut die Grundsuld "bei freihändiger Verwertung" nur zusammen mit der gesicherten Forderung und nur in einer im Verhältnis zu ihr angemessenen Höhe zu verkaufen habe.¹⁾ Nach den meisten Sicherungszweckerklärungen und den Allgemeinen Geschäftsbedingungen dürfen die Kreditinstitute die Grundsuld aus Zweckmäßigkeitsgründen nach ihrem Ermessen schon vor Fälligkeit der gesicherten Forderungen "freihändig verwerten".²⁾ Kommen die Schuldner der gesicherten Forderungen ihren Verbindlichkeiten bei Fälligkeit nicht nach oder gerät der Sicherungsvertragsschuldner mit seiner Verbindlichkeit auf Bestellung oder Verstärkung von weiteren Sicherheiten in Verzug, dann sind die Kreditinstitute ebenfalls nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen befugt, die Grundsuld "freihändig zu verwerten".²⁾ Die Kreditinstitute scheinen durch diese Regelung die freihändige Verwertung tatsächlich ausgeschlossen zu haben, da die Grundsuld nicht von der gesicherten Forderung getrennt wird und da somit die fiduziarische Zweckbindung aufrecht erhalten bleibt. Sie scheinen mit dieser Regelung Gedankengängen von KÜCHLER zu folgen. Dieser will jedoch durch die von ihm vorgeschlagene Lösung der gemeinsamen Abtretung von Grundsuld und Forderung durch die Aufrechterhaltung der Zweckbindung gerade keine Verwertung der Grundsuld herbeiführen. Er meint,³⁾ es entspreche dem Wesen der von Forderung und Grundsuld gebildeten Zweckgemeinschaft, daß beide Rechte nur gemeinsam abgetreten würden. Nach dem zwischen den Parteien geschlossenen Sicherungsvertrag sei dem Gläubiger die Grundsuld nur zu dem Zweck der Sicherung für die Forderung bestellt worden. Der Sicherungsvertrag verbiete eine andere Verwendung der Grundsuld als die für die gesicherte Forderung. Durch eine gemeinsame Abtretung bleibe dieser Sicherungszweck unangetastet. Die der Grundsuld durch den Sicherungsvertrag gegebene Zweckbestimmung werde aber aufgehoben, wenn der Gläubiger eine Trennung von Forderung und Grundsuld herbeiführe. Vor allem für den Schuldner bringe dies die Gefahr mit sich, daß mit der Abtretung eine Verdoppelung seiner Verpflichtung herbeigeführt werde, da er jetzt der Inanspruchnahme zweier Gläubiger ausgesetzt sei. So verbiete

1) vgl. S. 45

2) vgl. S. 44

3) KÜCHLER Sicherungsgrundsuld Diss. S. 90 f.

sich eine getrennte Abtretung in der Regel schon auf Grund des Sicherungsvertrages. Doch könne zwischen den Parteien ausdrücklich eine andere Vereinbarung getroffen werden. Fehle eine solche ausdrückliche Vereinbarung und werde insbesondere bei Abschluß des Sicherungsvertrages für den Fall einer Abtretung überhaupt nichts vereinbart, so werde man aus dem Sicherungsvertrag eine Verpflichtung des Gläubigers zur gemeinsamen Abtretung entnehmen und die gesonderte Abtretung als Pflichtwidrigkeit ansehen müssen, die dem Gläubiger unter Umständen eine Schadensersatzpflicht auferlege, wenn dem Eigentümer aus dieser Vertragsverletzung ein Schaden entstehe, etwa weil er zu doppelter Leistung herangezogen werde. Diese Verpflichtung werde in der Regel bewirken, daß der abtretende Gläubiger auch eine gemeinsame Abtretung von Forderung und Grundschuld vornehme. Man werde auf Grund dieses Verhältnisses auf einen bestimmten Parteiwillen des abtretenden Gläubigers schließen können.

Die freihändige Verwertung der Grundschuld ist zuzulassen. Die Zulassung liegt im Interesse beider Sicherungsvertragsparteien. Der Sicherungsvertragsgläubiger hat ein Interesse an der freihändigen Verwertung, da er auf diese Weise schnell ein Entgelt für die Grundschuld erhalten kann. Bei der Aussicht auf eine derartig schnelle und leichte Verwertung der Grundschuld wird der Sicherungsvertragsgläubiger auch leichter geneigt sein, einen Kredit gegen Sicherung durch eine Grundschuld herzugeben, als wenn es nur die Zwangsvollstreckung als einzig mögliche Verwertungsart der Grundschuld gäbe. Denn dann würde die Verwertung der Grundschuld erhebliche Kosten verursachen und längere Zeit dauern. Es stände auch keineswegs fest, ob die Zwangsvollstreckung gerade den höchsten erreichbaren Erlös bringen werde. Eine augenblickliche Geldverknappung könnte dazu führen, daß das Grundstück ungünstig veräußert werden müßte. Bei der freihändigen Verwertung der Grundschuld ließe sich dann vielleicht eher ein Erlös erzielen, der dem Wert der Grundschuld gerechter wird. Diese Gründe für die Zulassung zeigen, daß die freihändige Verwertung auch im Interesse des Sicherungsvertragsschuldners und des Eigentümers liegt. Denn der Eigentümer wird auf diese Weise noch nicht sofort aus der Grundschuld in Anspruch genommen. Auch braucht er dann noch keinen Rückgriff gegen den Sicherungsvertragsschuldner auf Ersatz des Betrages, in dessen Höhe er aus der Grundschuld in Anspruch ge-

nommen würde, zu nehmen. Wenn nämlich Eigentümer und Sicherungsvertragsschuldner nicht dieselben Personen sind, kann der Eigentümer vom Sicherungsvertragsschuldner den Betrag in Höhe der Inanspruchnahme aus der Grundsuld aufgrund der zwischen ihnen bestehenden Rechtsbeziehungen (wie Auftrag u.a.) verlangen. Da der Sicherungsvertragsschuldner mit dem Sicherungsvertragsgläubiger die Bestellung der Grundsuld vereinbart hat, hat der Eigentümer im Interesse des Sicherungsvertragsschuldners dem Sicherungsvertragsgläubiger oder dem von diesem benannten Dritten die Grundsuld bestellt.

Die freihändige Verwertung ist darüber hinaus die einzige mögliche Art der Verwertung, wenn die Grundsuld noch nicht fällig ist. Falls keine abweichenden Bestimmungen über die Kündigung der Grundsuld getroffen sind, wird das Kapital der Grundsuld nach § 1193 BGB erst nach vorgängiger Kündigung fällig. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate (§ 1193 BGB). Für den Sicherungsvertragsgläubiger wäre es unzulässig und auch nicht zumutbar, eine derartig lange Zeit zu warten, wenn die gesicherten Forderungen fällig sind und damit schon sein Verwertungsinteresse an der Grundsuld besteht.

Es ist deshalb in der Zulassung der freihändigen Verwertung der Meinung des RG zu folgen.

Die Meinung KOBERS, daß der Sicherungszweck bei der Sicherungsgrundsuld darin bestehe, daß der Grundsuldgläubiger bei Eintritt der Fälligkeit der gesicherten Forderung Befriedigung aus der Grundsuld durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück suchen könne,¹⁾ ist abzulehnen. Nach KOBERS Meinung hätte der Sicherungsvertragsgläubiger das gleiche Verwertungsrecht wie ein Pfandgläubiger einer verpfändeten Grundsuld. Als Pfandgläubiger wäre er darauf angewiesen, die Grundsuld einzuziehen (§§ 1291, 1281, 1282 BGB). Daß er lediglich eine solche Rechtsstellung erhalten solle, entspricht aber nicht dem Sinn und Zweck der fiduziarischen Rechtsübertragung. Bei der fiduziarischen Sicherungsübereignung beweglicher Sachen sowie bei der fiduziarischen Abtretung von Forderungen ist der Sicherungsvertragsgläubiger berechtigt, nach Fälligkeit der gesicherten Forderungen die fiduziarisch übertragenen Gegenstände freihändig zu verwerten.²⁾ Auch

1) vgl. S. 60

2) PALANDT-HOCHE § 930 Anm. 4 d; RG Warn 1914 Nr. 7

bei der fiduziarisch bestellten Grundschild kann es nur dem Sinn und Zweck der fiduziarischen Rechtsübertragung entsprechen, daß der Sicherungsvertragsgläubiger eine freiere Stellung als der Pfandgläubiger besitzen soll und daß ihm die freihändige Verwertung der Grundschild gestattet ist.¹⁾

Ebenfalls ist die Meinung WEIDEMANNs abzulehnen. WEIDEMANN will die Regelung des §§ 664 BGB auf den Sicherungsvertrag anwenden: Im Zweifel dürfte die Durchsetzung der Grundschild nicht einem Dritten übertragen werden; der fiduziarische Sicherungsvertragsgläubiger dürfte nach Fälligkeit der Forderung seine Befriedigung aus dem Haftungsobjekt unter möglichster Schonung des fiduziarischen Sicherungsvertragsschuldners suchen.²⁾ WEIDEMANNs Ansicht wird nicht den Interessen des Sicherungsvertragsgläubigers gerecht. Selbst wenn der Sicherungsvertragsgläubiger bei Verwertung der Grundschild neben seinen eigenen auch die Interessen des Sicherungsvertragsschuldners im gewissen Umfang zu beachten hat,³⁾ so kann man nicht, wie WEIDEMANN will, so weit gehen, jede Übertragung der Grundschild zum Zwecke der Verwertung zu verbieten. Denn eine freihändige Verwertung kann für den Sicherungsvertragsschuldner angenehmer sein, da die Zwangsvollstreckung in das Grundstück hierdurch noch einige Zeit verschoben wird. WEIDEMANNs Ansicht widerspricht auch der Regelung bei den anderen fiduziarisch übertragenen Gegenständen, so insbesondere der fiduziarischen Übereignung von beweglichen Sachen und der fiduziarischen Übertragung von Forderungen. Diese Sicherheiten können nach Fälligkeit der gesicherten Forderungen freihändig verwertet werden.⁴⁾ Weiter will WEIDEMANN das Erfordernis, die Verwertung höchstpersönlich auszuführen, daraus herleiten, daß bei der Übertragung der neue Grundschildgläubiger nicht dieselben Garantien wie der Sicherungsvertragsgläubiger biete. Diese Gefahr ist aber bei der Abtretung eines jeden Rechts und einer jeden Forderung vorhanden, und dennoch schließt man wegen dieser Gefahr die Abtretungsmöglichkeit nicht aus. Durch die Schaffung abtretbarer Rechte hat der Gesetzgeber dem Gläubiger die Möglichkeit verschafft, das Recht durch

1) RGZ 143, 113 (117)

2) vgl. S. 60

3) Zu dieser Pflicht des Sicherungsvertragsgläubigers vgl. die Ausführungen auf S. 88 f.

4) PALANDT-HOCHE § 930 Anm. 4 d; RG Warn 1914 Nr. 7

Abtretung zu verwerten (Ausnahme: § 399 BGB). Die Meinung WEIDEMANNs ist daher abzulehnen.

Die Regelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute, daß die Verwertung der Grundschild im Zweifel nur durch gemeinsame Abtretung von Grundschild und Forderung erfolgen dürfe,¹⁾ kann man nicht auch in den Fällen als stillschweigend vereinbart ansehen, in denen es an einer ausdrücklichen Vereinbarung fehlt. Denn die gemeinsame Abtretung von Grundschild und gesicherter Forderung kann man nicht als Verwertung der Grundschild ansehen. Denn eine Verwertung liegt immer nur dann vor, wenn die Grundschild im Interesse des Sicherungsvertragsgläubigers oder eines anderen, der nicht Sicherungsvertragsschuldner ist, veräußert und von der gesicherten Forderung getrennt wird. Der Sicherungsvertragsgläubiger will sich mit dem Wert, den die Grundschild als dingliche Grundstücksbelastung darstellt, für die gesicherte Forderung befriedigen.²⁾ Werden Grundschild und gesicherte Forderung zusammen abgetreten und wird die durch den Sicherungsvertrag herbeigeführte (schuldrechtlich wirkende) Verbindung aufrecht erhalten, dann liegt keine Verwertung der Grundschild vor, da der Sicherungsvertragsgläubiger bei einer solchen Veräußerung der Grundschild nur einen Gegenwert für die Veräußerung der Forderung erhält.

Würde man die gemeinsame Abtretung von gesicherter Forderung und Grundschild als Verwertung der Grundschild ansehen, müßte in Höhe des Erlöses die Forderung erlöschen bzw. eine Einrede gegen sie entstehen (vgl. § 404 BGB). Denn nach dem Sicherungsvertrag soll der Erlös aus der Verwertung der Grundschild auf die gesicherte Forderung in der Weise einwirken, daß sie nicht mehr geltend gemacht werden kann. Diese Wirkung kann nur dadurch hervorgerufen werden, daß die Forderung getilgt wird oder gegen sie eine Einrede entsteht. Ist der Sicherungsvertragsgläubiger mit dem Forderungsgläubiger nicht personengleich, dann ist jener verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der Forderungsgläubiger den aus der Grundschildverwertung stammenden Betrag erhält,³⁾ damit dann diese Wirkung auf die Forderung eintritt. Wenn dann die Forderung in Höhe des

1) vgl. S. 45

2) vgl. S. 55

3) vgl. S. 55/56

Erlöses, der bei der gemeinsamen Abtretung von Forderung und Grundschuld erzielt wird, getilgt wird bzw. eine Einrede gegen sie entsteht, kommt man gerade zu einem Ergebnis, das nicht mit der gemeinsamen Abtretung bezweckt ist. Die Forderung wird nicht deshalb mit abgetreten, damit sie sofort danach erlischt oder eine Einrede gegen sie entsteht. Gegenüber dem Fall, in dem Grundschuld und gesicherte Forderung getrennt werden, wäre kein Unterschied festzustellen. Denn in beiden Fällen würde der Erlös aus der Verwertung der Grundschuld die gesicherte Forderung tilgen oder eine Einrede gegen sie entstehen lassen.

Will man die Regelung, die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute enthalten ist, auch als stillschweigend vereinbarten Inhalt des Sicherungsvertrages ansehen, dann übersieht man, daß diese Regelung nicht den Interessen der Parteien entspricht. Denn bei der freihändigen Verwertung der Grundschuld braucht ihre Zweckbestimmung als Sicherungsgrundschuld nicht aufrecht erhalten zu werden.¹⁾ Da die Grundschuld nach Fälligkeit der gesicherten Forderung Befriedigung für die Ansprüche geben soll, muß man als stillschweigend vereinbarten Inhalt des Sicherungsvertrages ansehen, daß die Zweckbestimmung der Grundschuld (ihre Zweckbindung) aufgehoben werden darf.²⁾ Denn nach Fälligkeit der gesicherten Forderung besteht nicht nur der Sicherungszweck. Jetzt ist noch zusätzlich das Interesse des Sicherungsvertragsgläubigers an Befriedigung aus der Grundschuld wegen der gesicherten Forderung gegeben (Verwertungszweck), dessen Eintritt bei Abschluß des Sicherungsvertrages als möglich vorausgesehen wurde.

Der Praxis der Kreditinstitute scheint die Befürchtung zugrunde zu liegen, daß die Gefahr der doppelten Inanspruchnahme aus Grundschuld und gesicherter Forderung bestehe, falls sie nicht gemeinsam abgetreten würden. Diese Gefahr ist nicht so schwerwiegend, als daß aus diesem Grunde nur die gemeinsame Abtretung von Grundschuld und gesicherter Forderung zulässig wäre. Zwar besteht für den Sicherungsvertragsschuldner bei der freihändigen Verwertung

1) vgl. zu dieser Frage die Ausführungen auf S. 55/56

2) Eine andere Frage ist es, in welchem Rahmen der Sicherungsvertragsgläubiger die Grundschuld verwerten und in welchem Rahmen der Erwerber sie geltend machen darf. Zu diesem Problem siehe näher S.71 ff.

die Gefahr, daß nicht der Erlös erzielt wird, den die Grundschild tatsächlich verkörpert und der bei der vom Gesetz geregelten Verwertung, der Zwangsvollstreckung, vielleicht herausgeholt werden könnte. Die Gefahr für den Sicherungsvertragsschuldner besteht in folgendem: Wird einerseits bei der freihändigen Verwertung ein geringerer Erlös erzielt als die Grundschild ihrem Kapital nach ausmacht und entspricht das Kapital der Grundschild dem Betrag der gesicherten Forderung, dann kann der Erwerber die Grundschild in ihrer gesamten Höhe geltend machen. Er hält sich, da die gesicherte Forderung genau so hoch war, im Rahmen des gesicherten Anspruchs. Ihm kann deshalb aus dem Sicherungsvertrag keine Einrede (vgl. § 1157 BGB) entgegengesetzt werden, da die freihändige Verwertung zu Recht geschah.¹⁾ In Höhe des aus der Verwertung der Grundschild erzielten Erlöses wird die gesicherte Forderung getilgt bzw. es entsteht gegen sie eine Einrede.²⁾ Ist der Sicherungsvertragsgläubiger nicht zugleich der Gläubiger der gesicherten Forderung, hat er die Verpflichtung, die gesicherte Forderung mit dem Erlös, der aus der Verwertung der Grundschild stammt, zu tilgen.³⁾ Da aber die Verwertung der Grundschild einen geringeren Erlös ergeben hat, als die gesicherte Forderung ihrem Betrag nach ausmacht, kann andererseits auch die gesicherte Forderung noch in der Höhe geltend gemacht werden, die den Erlös aus der Verwertung der Grundschild übersteigt. Obwohl Grundschild und gesicherte Forderung im Betrag gleich hoch sind, besteht nach der freihändigen Verwertung der Grundschild die Lage, daß die Grundschild in voller Höhe und die gesicherte Forderung in der den Erlös aus der Verwertung der Grundschild übersteigenden Höhe geltend gemacht werden können.

Mit der Gefahr der doppelten Inanspruchnahme aus Grundschild und gesicherter Forderung in diesem geringen Umfang muß sich aber der Sicherungsvertragsschuldner abfinden.⁴⁾ Im übrigen läßt sich die Gefahr der doppelten Inanspruchnahme dadurch bannen, daß gegen die unberechtigte Geltendmachung der Grundschild eine Einrede ein-

1) Zu diesem Problem vgl. näher S. 84

2) Zu der Frage, in welchen Fällen die gesicherte Forderung getilgt wird und in welchen Fällen nur eine Einrede gegen sie entsteht, siehe die Ausführungen S. 97 - 102

3) vgl. S. 55/56

4) vgl. näher S. 66

getragen wird¹⁾ oder daß die Grundschild getilgt und nur zu einem Teil abgetreten wird.

Es ist also daran festzuhalten, daß die freihändige Verwertung der Grundschild zulässig ist. Dieses Ergebnis stimmt mit den rechtlichen Regelung bei den anderen fiduziarisch übertragenen, nicht-akzessorischen Sicherheiten (wie sicherungsweise übereigneten beweglichen Sachen, sicherungsweise übertragenen Forderungen) überein. Auch bei diesen Sicherheiten ist die freihändige Verwertung der fiduziarisch übertragenen Gegenstände zulässig.²⁾

bb) Voraussetzungen der freihändigen Verwertung

Über das Problem der Voraussetzungen der freihändigen Verwertung haben sich zwei Meinungen herausgebildet.

Nach der Rechtsprechung des REICHSGERICHTS³⁾ ist der Sicherungsvertragsgläubiger berechtigt, nach Fälligkeit der gesicherten Ansprüche Befriedigung aus der ihm fiduziarisch bestellten Grundschild zu suchen. Mit dieser Maßgabe sei er zur weiteren Abtretung oder Verpfändung befugt.⁴⁾ Vor Fälligkeit der gesicherten Forderungen dürfe der Sicherungsvertragsschuldner die fiduziarisch bestellte Grundschild nur als Sicherungsmittel für die gesicherten Forderungen verwenden; er dürfe sie also nicht von ihnen trennen und dürfe sie nicht für eigene Schulden an Dritte verpfänden oder abtreten.⁵⁾ Der Rechtsprechung des RG folgen WESTERMANN, KOMANNS, RIFFEL, HOCH, BAUR, RAISER und STRECKER⁶⁾ bezüglich der Voraussetzungen der freihändigen Verwertung; auch nach ihrer Mei-

1) vgl. ausführlich S. 92 ff.

2) vgl. RG Warn 1914 Nr. 4; PALANDT-HOCH § 930 Anm.4 d; PALANDT-DÄNKELMANN § 398 Anm.6; SOERGEL-BAUR § 930 Anm.25; WESTERMANN SachenR § 43 V

3) RG JW 1928, 2782 (2784); RGSt 69, 223 (224 ff.): RGZ 143, 113 (117) = JW 1934, 685 ff.; RGZ 135, 357 (364); RG JW 1936, 2310. Die gleiche Meinung vertritt das RG bei der Verwertung von sicherungsweise übertragenen Forderungen: RGZ 95, 244 (245); RGSt 67, 273 (274) und bei der Verwertung von sicherungsweise übereigneten beweglichen Sachen: RG Warn Rspr. 1932 Nr. 86; RG Gruch Bd. 64 S. 482.

4) RG aaO., vgl. insb. RGSt 69, 223 (225); RG JW 1928, 2782 (2784); RGZ 135, 357 (364)

5) RGSt 69, 223 (226/227)

6) WESTERMANN SachenR § 116 II 2 b; KOMANNS Sicherungsgrundschild S. 56; RIFFEL DFG 1938, 187/188; PALANDT-HOCH § 1191 Anm. 2b dd; SOERGEL-BAUR § 1191 Anm. 10, 3 u. 5; WOLFF-RAISER SachenR § 132 Fußnote 10; PLANCK-STRECKER § 1192 Anm. 6 a

nung ist der Sicherungsvertragsgläubiger berechtigt, die Grundschuld nach Fälligkeit der gesicherten Forderungen zu verwerten.

Nach der Rechtsprechung des BUNDESGERICHTSHOFS¹⁾ hingegen kann der Treunehmer (= Sicherungsvertragsgläubiger) das ihm sicherungshalber übertragene Recht erst verwerten, wenn der Schuldner der gesicherten Forderung schon längere Zeit im Verzug und eine alsbaldige Befriedigung von seiner Seite nicht zu erwarten ist. An sich sei er verpflichtet, das ihm fiduziarisch übertragene Recht dem Treugeber (= Sicherungsvertragsschuldner) zurückzuübertragen, wenn die gesicherte Forderung erfüllt sei. Der BUNDESGERICHTSHOF hat diese Grundsätze anhand eines der fiduziarisch bestellten Grundschuld interessenmäßig gleich liegenden Falles ausgeführt. In dem Fall war eine hypothekarisch gesicherte Forderung, die wieder andere Forderungen sichern sollte, fiduziarisch übertragen worden. Zwischen beiden Fällen besteht interessenmäßig deshalb kein Unterschied, weil beide Rechte im Verhältnis zu den durch sie gesicherten Forderungen nicht-akzessorische, fiduziarische, abstrakte Sicherheiten sind. Es kann deshalb angenommen werden, daß der BGH auch hinsichtlich des Verwertungsrechts des Sicherungsvertragsgläubigers bei der fiduziarisch bestellten Grundschuld dieselben Grundsätze vertreten wird.

Es ist der Regelung der Vorzug zu geben, daß der Sicherungsvertragsgläubiger schon bei Fälligkeit der gesicherten Forderung das Recht hat, Befriedigung für diesen Anspruch aus der fiduziarisch bestellten Grundschuld zu suchen. Ein solches Ergebnis entspricht den Vorstellungen und Interessen der Sicherungsvertragsparteien. Da die Grundschuld einen Ersatz für die mangelnde Befriedigung der gesicherten Forderung bieten soll, hat der Sicherungsvertragsgläubiger bei Fälligkeit der gesicherten Forderung ein rechtliches Interesse, aus der fiduziarisch bestellten Grundschuld einen Wert (sei es in Geld, sei es in anderen Vermögenswerten wie beim Tausch) zu erlangen. Von diesem Zeitpunkt ab besteht nicht nur der Sicherungszweck. Jetzt ist noch zusätzlich das Interesse des Sicherungsvertragsgläubigers auf Befriedigung aus der Grundschuld wegen der gesicherten Forderung (Verwertungszweck)

1) Urteil vom 4. Juli 1956: SPARKASSE 1957, 124 (126/127) mit Anmerkung von JOHANNSEN

hinzugetreten, dessen Eintritt bei Abschluß des Sicherungsvertrages als möglich vorausgesehen wurde. Als Inhalt der Vereinbarungen im Sicherungsvertrag muß man deshalb ansehen, daß die Zweckbestimmung der Grundschild (ihre Zweckbindung) von diesem Zeitpunkt ab aufgehoben werden darf, soweit dieses bei der Verwertung erforderlich ist, um einen der Höhe der gesicherten Forderung entsprechenden Verwertungserlös zu erhalten. Der BUNDESGERICHTSHOF überspannt die Pflichten des Sicherungsvertragsgläubigers und verkennt die Wichtigkeit seines Befriedigungsinteresses, wenn er ihm das Recht zur freihändigen Verwertung erst zu dem Zeitpunkt gewährt, wenn der Schuldner der gesicherten Forderung schon längere Zeit im Verzug und eine alsbaldige Befriedigung von seiner Seite nicht zu erwarten ist. Wenn der Sicherungsvertragsgläubiger die Grundschild schon vor jenem Zeitpunkt zu Geld machen wollte, dann bliebe ihm nach der Rechtsprechung des BGH nichts anderes übrig, als die Grundschild geltend zu machen, notfalls aus ihr zu klagen und die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Darauf, daß die Zwangsvollstreckung schwierig, mühselig, langwierig und deshalb für den Sicherungsvertragsgläubiger wenig verlockend ist, ist schon oben¹⁾ hingewiesen worden.

Es ist deshalb der Meinung des REICHSGERICHTS zu folgen, daß der Sicherungsvertragsgläubiger berechtigt ist, nach Fälligkeit der gesicherten Ansprüche Befriedigung aus der ihm fiduziarisch bestellten Grundschild zu suchen.

Vor Fälligkeit der gesicherten Forderung hat der Sicherungsvertragsgläubiger kein rechtlich anzuerkennendes Interesse daran, die Grundschild zu verwerten. Er muß es also unterlassen, sie abzutreten oder zu verpfänden. Denn hierdurch würde die fiduziarische Zweckbindung aufgehoben (vgl. § 1157 BGB) und würde eine Verwertung der Grundschild vorliegen. Eine derartige Handlung wäre ihm zwar möglich, da ihm die Grundschild als Vollrecht bestellt wurde. Da er aber der fiduziarischen Zweckbindung zuwiderhandeln würde, machte er sich schadensersatzpflichtig.²⁾ Der Sicherungsvertragsgläubiger darf deshalb die Grundschild nur so übertragen, daß

1) S. 62 f.

2) vgl. näher S. 110 ff.

keine Verwertung vorliegt. Er muß dafür sorgen, daß die Zweckbindung der Grundschild bis zur Fälligkeit der gesicherten Forderung auf jeden Fall aufrecht erhalten wird.

cc) Umfang der freihändigen Verwertung

Über die Frage, in welchem Umfang der Sicherungsvertragsgläubiger die Grundschild freihändig verwerten dürfe, bestehen zwei Meinungen.

Nach der Rechtsprechung des REICHSGERICHTS darf der Sicherungsvertragsgläubiger die Grundschild nur insoweit verwerten, als sie zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Mit dieser Maßgabe sei er zur weiteren Abtretung oder Verpfändung befugt.¹⁾ Der Meinung des RG folgen RIFFEL, HOCHÉ, BAUR, RAISER, STRECKER und WESTERMANN.²⁾ WESTERMANN formuliert es so: Bei der Verwertung habe sich der Sicherungsvertragsgläubiger in den Grenzen des gesicherten Anspruchs zu halten. Der BUNDESGERICHTSHOF³⁾ folgt in seiner Rechtsprechung, was den Umfang des Verwertungsrechts des Sicherungsvertragsgläubigers anlangt, der Rechtsprechung des RG, ohne bis jetzt im einzelnen zu dieser Frage nähere Ausführungen gemacht zu haben. Der Sachverhalt, der zur Entscheidung vorlag,³⁾ bot ihm auch keinen Anlaß, sich mit der Frage des Umfangs des Verwertungsrechts ausführlich zu beschäftigen.

Es ist der Meinung des RG zu folgen. Der Sicherungsvertragsgläubiger muß sich bei der Verwertung der Grundschild in den Grenzen des gesicherten Anspruchs halten. Falls keine ausdrückliche Vereinbarung über den Umfang der Verwertung im Sicherungsvertrag getroffen ist, kann man das Befriedigungsinteresse des Sicherungsvertragsgläubigers an der Grundschild nur dahin verstehen, daß er aus der Verwertung der Grundschild den Betrag erhalten soll, der dem Betrag der gesicherten Forderung entspricht. Nur soweit es er-

1) vgl. die RG-Entscheidungen, die oben S. 59 und 68 angegeben sind, insb. RGSt 69, 223 (225); RG JW 1928, 2782 (2784); RGZ 135, 357 (364)

2) RIFFEL DFG 1938, 187/188; PALANDT-HOCHÉ § 1191 Anm. 2 b, dd; SOERGEL-BAUR § 1191 Anm. 10, 3 u. 5; WOLFF-RAISER SachenR § 132 Fußnote 10; PLANCK-STRECKER § 1192 Anm. 6 a; WESTERMANN SachenR § 116 II 2 b

3) vgl. das Urteil vom 4. Juli 1956; SPARKASSE 1957, 124 (126/127) mit Anmerkung von JOHANNSEN

forderlich ist, diesen Betrag zu erhalten, darf die Grundschild abgetreten oder verpfändet werden.

Daß der Sicherungsvertragsgläubiger sich bei der Verwertung der Grundschild in den Grenzen des gesicherten Anspruchs zu halten hat, schließt nicht aus, daß geringfügige Abweichungen möglich sind. Ist die Grundschild z.B. nur wenig größer als die gesicherte Forderung und ist es aus Gründen einer besseren Verwertbarkeit un-
tunlich, sie zu teilen oder eine Einrede gegen sie eintragen zu lassen, damit der Erwerber die Grundschild nur in dem Umfang, der zur Befriedigung wegen der gesicherten Forderung erforderlich war, geltend mache - um die Gefahr der "doppelten Inanspruchnahme" zu verhindern¹⁾ -, dann wird man dem Sicherungsvertragsgläubiger die Befugnis nicht absprechen können, die ganze Grundschild zu verwer-
ten. Er ist dann aber verpflichtet, den Teil des Erlöses, der den Betrag der gesicherten Forderung übersteigt (Übererlös), an den Sicherungsvertragsschuldner herauszugeben.²⁾

dd) Durchführung der freihändigen Verwertung.

Es sind verschiedene Möglichkeiten denkbar, die freihändige Verwertung im Rahmen des gesicherten Anspruchs durchzuführen. Auch in der Literatur und in der Rechtsprechung werden unterschiedliche Ansichten zu dem Problem geäußert. Diese Möglichkeiten sollen im Folgenden auf ihre rechtliche Zulässigkeit und ihre praktische Verwendbarkeit untersucht werden. Durch die Regelung der §§ 1157, 1192 Abs. 1 BGB ist die Möglichkeit gegeben, daß die schuldrechtliche Zweckbindung auch nach der Abtretung der Grundschild bestehen bleiben kann. Denn nach den §§ 1157, 1192 Abs. 1 BGB kann eine Einrede, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Grundschild zusteht, auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden. Dem Erwerber könnte z.B. entgegengehalten werden, daß die Grundschild nur im Rahmen der gesicherten Forderung geltend gemacht werden dürfe. Wenn man nun zuläßt, daß die Grundschild durch die freihändige Verwertung vom Schicksal der gesicherten Forderung getrennt wird (d.h. wenn ihre schuldrechtliche Zweckbindung aufgehoben werden kann), dann muß man zwangsläufig die Folge mit in Kauf nehmen, daß die Einrede, die gegen den Grundschildgläubiger

1) vgl. oben S. 66 und unten S. 92 ff.

2) Zu diesem Anspruch siehe näher unten S. 136

geltend gemacht werden durfte, gegenüber dem Erwerber nicht mehr erhoben werden kann. Je nach der Stellung, die man zu diesen Problemen einnimmt, ergeben sich die einzelnen Möglichkeiten zur Durchführung der freihändigen Verwertung.

Auch wenn man die Trennung verneint, wird kraft Gesetzes die schuldrechtliche Zweckbindung aufgehoben, wenn der Erwerber hinsichtlich der Einrede gutgläubig ist. Denn die Vorschriften der §§ 892, 894 - 899, 1140 BGB gelten auch für die Einrede, die nach §§ 1157, 1192 Abs. 1 BGB gegen die Geltendmachung der Grundschild erhoben werden kann. Der Erwerber ist gutgläubig, wenn er die Einrede nicht kennt, wenn sie im Grundbuch nicht eingetragen und wenn die Einrede auch aus dem Grundschildbrief nicht zu ersehen ist (§§ 1157, 892, 1140, 1192 Abs. 1 BGB). In diesem Fall kann eine Einrede dem Erwerber der Grundschild nicht entgegengehalten werden.

Das Problem der Aufhebung der fiduziarischen Zweckbindung durch die freihändige Verwertung der Grundschild und als deren Folge die Möglichkeit der Erhebung von Einreden gegen den Erwerber der Grundschild ist wie folgt zu lösen.

- (1) Aufhebung der fiduziarischen Zweckbindung durch die freihändige Verwertung der Grundschild.

Über das Problem der Aufhebung der fiduziarischen Zweckbindung durch die freihändige Verwertung der Grundschild und die Möglichkeit der Erhebung von Einreden gegen den Erwerber haben sich zwei Meinungen gebildet.

Für die strenge Aufrechterhaltung der fiduziarischen Zweckbindung tritt die erste Meinung ein. Nach der Rechtsprechung des REICHSGERICHTS wird eine Abtretung der Grundschild nur mit der Maßgabe zugelassen, daß die Befriedigung aus dem Grundstück auch in der Hand eines Erwerbers nur in der jeweiligen Höhe des zu sichernden Schuldbetrages möglich sei.¹⁾ Der Erwerber der Grundschild müsse, wenn die treuhänderische Verpflichtung des Sicherungsvertragsschuldners aus dem Grundbuch oder aus dem Grundschildbrief ihm ersichtlich bzw. ihm bei der Abtretung oder Verpfändung der Grundschild bekannt gewesen sei (§§ 892, 894 - 899, 1140 BGB), ge-

1) RG JW 1936, 2310 (2310/2311)

mäß den §§ 1157, 1169, 1192, 1273, 1274 BGB die treuhänderischen Verfügungsbeschränkungen gegen sich gelten lassen.¹⁾ Der Erwerber könne aus den Sicherheiten, die ihm abgetreten oder verpfändet seien, keine weiteren Rechte herleiten, als der Sicherungsvertragsgläubiger besessen habe.²⁾ Der Erwerber müsse, sobald der Sicherungszweck des fiduziarischen Sicherungsvertrages weggefallen sei, auf die Grundsuld verzichten oder sie löschen lassen und den Brief herausgeben. Die aus dem fiduziarischen Rechtsverhältnis zwischen dem Sicherungsvertragsschuldner und dem Sicherungsvertragsgläubiger entspringende Einrede könne gemäß den §§ 1157, 1192 BGB auch einem späteren Gläubiger entgegengesetzt werden, welcher bei dem Erwerb der Grundsuld durch Abtretung von dem Bestehen des fiduziarischen Rechtsverhältnisses Kenntnis gehabt habe.³⁾ Habe die Tilgung der Forderungen erst nach der Weiterabtretung bzw. Verpfändung der Grundsuld stattgefunden, könne dem Erwerber die Einrede aus dem vorher begründeten Sicherungsvertrag entgegengesetzt werden. Denn die Tilgung der Forderungen bilde die Bedingung für die dem Grunde nach schon durch den fiduziarischen Vertrag entstandene Verpflichtung zur Rückgewähr der Grundsuld. Den Eintritt einer solchen Bedingung müsse der Erwerber der Grundsuld gemäß dem trotz § 1156 BGB auf die Grundsuld anwendbaren § 404 BGB auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er sich erst nach der Abtretung ereignet habe.⁴⁾

Das REICHSGERICHT⁵⁾ läßt die Aufhebung der schuldrechtlichen Zweckbindung für den Fall zu, daß dem Sicherungsvertragsgläubiger vom Sicherungsvertragsschuldner ausdrücklich gestattet worden sei, die Grundsuld durch völlige Loslösung von der persönlichen Forderung, zu deren Sicherung sie bestellt sei, zu verwerten. Dem Erwerber der Grundsuld könne dann keine Einrede aus den Rechtsbeziehungen zwischen den Sicherungsvertragsparteien entgegengehalten werden, da dem Sicherungsvertragsschuldner gegen den Sicherungsvertragsgläubiger im Zeitpunkt der Verwertung der Grundsuld keine Einrede zugestanden habe.

1) RGSt 69, 223 (227); RGZ 135, 357 (365)

2) RGZ 91, 218 (225)

3) RGZ 91, 218 (225); RG JW 1928, 2782 (2784); RG Recht 1908 Nr. 1984

4) RGZ 91, 218 (225)

5) RG JW 1936, 2310 (2311 a.E.)

RAISER¹⁾ folgt in der Frage der Aufrechterhaltung der fiduziarischen Zweckbindung der Rechtsprechung des RG und wendet sich nur gegen die Entscheidung des RG in RGZ 91, 218 ff. Er meint, man könne nicht der Kenntnis der Kondizierbarkeit die Kenntnis der Tatsachen gleichstellen, daß der Zedent auf Grund einer Sicherungsabrede mit dem Eigentümer nur fiduziarischer Gläubiger gewesen sei und diesem im Falle der Tilgung der gesicherten Forderungen die Grundsuld zurückzuübertragen habe. RAISER führt weiter aus, nach der Meinung des RG müsse der Zessionar auch eine nach der Abtretung erfolgte Zahlung an den Zedenten gegen sich gelten lassen. Allein damit würde der von den §§ 892, 1157 S. 2 BGB bezweckte Verkehrsschutz dem Erwerber einer Grundsuld versagt, während der Erwerber einer Hypothek durch die §§ 1153; 1156 BGB gegen Zahlungen des Schuldners an den Zedenten geschützt werde. Es bestehe auch kein Grund, die Gefahr treuwidriger Verfügungen des Fiduziars über die ihm sicherungshalber bestellte oder übertragene Grundsuld auf den Zessionar als einen Dritten abzuwälzen (außer wenn dieser arglistig mit dem Zedenten zusammenwirke). Der Schuldner möge sich an seinen vertragsbrüchigen Gläubiger halten.

Die zweite Meinung tritt für eine weitgehende Aufhebung der fiduziarischen Zweckbindung durch die freihändige Verwertung der Grundsuld ein.

KOMANNS²⁾ will die fiduziarische Zweckbindung vollkommen aufheben und meint, es liege im Wesen der Treuhandsicherheit, daß sie im Falle der Veräußerung jeden Zusammenhang mit der gesicherten Forderung verliere. Hiermit müsse der Sicherungsgeber (= Sicherungsvertragsschuldner) von vornherein rechnen und er könne, selbst wenn der Erwerber den Sicherungscharakter der Grundsuld kenne, dem Erwerber keine auf dem Sicherungsverhältnis beruhenden Einwendungen entgegensetzen. Seine Interessen müsse er vielmehr immer dadurch wahren, daß er vom Sicherungsnehmer (= Sicherungsvertragsgläubiger) die Herausgabe des über den Betrag der gesicherten Forderung hinausgehenden Erlöses verlange, sofern ein solcher Mehrerlös erzielt werde. Der Sicherungsvertragsgläubiger habe kraft des Treuhandverhältnisses, in welchem er zum Sicherungsvertragsschuldner stehe, auch dessen Interessen zu wahren, und er mache sich

1) WOLFF-RAISER SachenR § 132 Fußnote 10; § 154 VI 2 sowie Fußnote 15

2) KOMANNS Sicherungsgrundsuld S. 56

schadensersatzpflichtig, wenn er schuldhaft die Grundschild zu billig abgebe.

Der BUNDESGERICHTSHOF hat zu der Frage der Aufhebung der fiduziarischen Zweckbindung noch nicht ausdrücklich Stellung genommen. Doch scheint er sich in dem schon angeführten Urteil vom 4. Juli 1956¹⁾ indirekt für eine weitgehende Aufhebung der fiduziarischen Zweckbindung und infolgedessen auch wohl für den weitgehenden Ausschluß der Erhebung von Einreden gegen den Erwerber der Grundschild auszusprechen. Der BGH hat in dem Fall der fiduziarisch übertragenen, hypothekarisch gesicherten Forderung, die andere Forderungen sichern soll, ausgeführt: Der Sicherungsvertragsgläubiger dürfe von dem ihm fiduziarisch übertragenen Recht nur in den Grenzen Gebrauch machen, die durch den Sicherungszweck gesteckt seien. Er müsse, wenn er Befriedigung seiner Geldforderungen aus dem ihm fiduziarisch abgetretenen Recht zu erlangen suche, bei der Verwertung dieses Rechts auch auf die berechtigten Interessen des Treugebers (= Sicherungsvertragsschuldner) Rücksicht nehmen. Welche Maßnahmen der Sicherungsvertragsgläubiger im einzelnen treffen dürfe, um zu seinem Geld zu kommen, richte sich nach den Umständen des einzelnen Falles. Er sei nicht schlechthin den Beschränkungen unterworfen, die das Bürgerliche Gesetzbuch dem Pfandgläubiger auferlege. Trotz der Gleichheit des Zweckes sei der Sicherungsvertragsgläubiger freier gestellt. Sein Verwertungsrecht sei nur insoweit beschränkt, als er dabei dem Sicherungsgeber (= Sicherungsvertragsschuldner) keine unangemessenen Nachteile bereiten dürfe.

Der zweiten Meinung folgt auch WESTERMANN²⁾. Einerseits billigt er die Rechtsprechung des RG über die Aufrechterhaltung der fiduziarischen Zweckbindung bei der freihändigen Verwertung.³⁾ Andererseits macht er aber gegenüber der Rechtsprechung des RG die wichtige Einschränkung⁴⁾: Wo der Sicherungsvertragsgläubiger befugtermaßen Grundschild und gesicherte Forderung voneinander löse, sei die spätere Entwicklung der Forderung für die Grundschild be-

1) BGH Sparkasse 1957, 124 (126/127) mit Anmerkung von JOHANNSEN

2) WESTERMANN SachenR § 116 II 2 b und III 3 b

3) WESTERMANN SachenR § 116 II 2 b

4) WESTERMANN SachenR § 116 III 3 b

deutungslos. Die Grundschild werde z.B. in den Fällen befugtermaßen von der gesicherten Forderung gelöst, wenn die Abtretung eine zulässige Verwertung der Grundschild darstelle oder wenn die Abtretung dem Gläubiger ohne Rücksicht auf die Forderung in der Sicherungsabrede gestattet sei. Gleichzustellen sei die Abrede, die Grundschild dürfe nur für die Befriedigung der Forderung geltend gemacht werden; sie könne danach dem, der die Grundschild ohne die Forderung erwerbe, nur entgegengesetzt werden, wenn er wisse, daß dem Zedenten die Einrede des mangelnden Verwertungsrechts entgegengestanden habe. Die Abrede könne dem Erwerber weiter dann nicht entgegengehalten werden, wenn er an eine derartige Befugnis des Zedenten der Grundschild glaube; dieses Ergebnis sei mit dem Rechtsscheingedanken und dem Verkehrsschutzzweck zu rechtfertigen. Kenne der Erwerber der Grundschild nur ihren Sicherungscharakter und nicht noch zusätzlich das Nichtbestehen der gesicherten Forderung, dann begründe diese Kenntnis vom Sicherungscharakter der Grundschild noch nicht die Einrede, die aus dem Nichtbestehen der Forderung folge. Denn nur im Zusammenhang mit der Kenntnis vom Fehlen der Forderung könne dem Erwerber diese Einrede entgegengehalten werden.

WESTERMANN führt weiter aus: Eine weite Ausdehnung der Einrede, die sich aus § 1157 BGB ergebe, könne aus dem folgenden Grunde gerechtfertigt werden. Der Erwerber der Grundschild lasse sich ein fiduziarisch bestelltes Recht in Kenntnis dieser Eigenart abtreten; müsse er dann nicht auch alle Nachteile, die sich möglicherweise für die Geltendmachung des Rechts ergäben, in Kauf nehmen? ¹⁾ Der Erwerber der Grundschild könne sich sichern, wenn er gleichzeitig die Forderung erwerbe und für Kenntnis des Schuldners Sorge. Gleichwohl sei deshalb eine Einschränkung gegenüber der Rechtsprechung des RG geboten, weil die Entscheidung des RG in RGZ 91, 218 - nach der Kenntnis der Sicherungsabrede Kenntnis der Einrede bedeute und die spätere Tilgung bloß eine Bedingung eintreten lasse, die der Erwerber gegen sich gelten lassen müsse - den Erwerber der Grundschild schlechter als den Erwerber der Hypothek stelle. Ihn sichere der Zwang zur gleichzeitigen Abtretung von Forderung und Hypothek in Verbindung mit § 1156 BGB vor nachträglicher Zahlung an den Zedenten. Die Grundschild werde in RGZ 91, 218 praktisch - in aller Regel werde der Erwerber den Sicherungscharakter kennen - ihrer Eigenschaft als Verkehrsgegenstand

1) WESTERMANN SachenR § 116 III 3 b

entkleidet.

Auf die von den Kreditinstituten durchgeführte Regelung, Grundschild und gesicherte Forderung nur gemeinsam abzutreten, ¹⁾ braucht in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen zu werden. Zwar wird auch nach dieser Regelung die fiduziarische Zweckbindung aufrecht erhalten. ²⁾ Auf den ersten Blick scheint es deshalb so, als ob ihre Meinung in diesem Zusammenhang mitbehandelt werden müßte. Aber wie schon oben ³⁾ ausgeführt, kann die von ihnen durchgeführte Regelung nicht als Verwertung angesehen werden. Deshalb spielt in dem jetzt behandelten Zusammenhang die von den Kreditinstituten durchgeführte Regelung keine Rolle, da es nicht um die Frage der Aufrechterhaltung der fiduziarischen Zweckbindung an sich, sondern um ihre Aufrechterhaltung bzw. Aufhebung durch die freihändige Verwertung der Grundschild geht.

Der Meinung von KOMANNS ⁴⁾, daß die Grundschild im Falle der Veräußerung jeden Zusammenhang mit der gesicherten Forderung verliere und daß dem Erwerber, selbst wenn dieser den Sicherungscharakter der Grundschild kenne, keine auf dem Sicherungsverhältnis beruhenden Einwendungen entgegengesetzt werden können, ist mit der Einschränkung zu folgen, daß dieses nur zulässig ist, soweit die Veräußerung zur Befriedigung wegen des gesicherten Anspruchs erforderlich ist. Wird die Grundschild unbefugt (z.B. vor Fälligkeit der gesicherten Forderung, nach Wegfall des Sicherungszwecks) verwertet, kann dem Erwerber die Einrede des mangelnden Verwertungsrechts des Sicherungsvertragsgläubigers entgegengesetzt werden (vgl. WESTERMANN).

(a) Befugte freihändige Verwertung.

Es liegt im Wesen der befugten freihändigen Verwertung einer Sicherheit, daß diese den Zusammenhang mit der gesicherten Forderung verliert. Denn der Erwerber wird eine Grundschild nur dann entgeltlich erwerben wollen, wenn er sicher ist, daß er sie in dem Umfang, in dem er sie erhalten hat, auch später durchsetzen kann und daß er zumindest das Geld wieder bekommt, das er für ihren

1) vgl. S. 45, 60

2) vgl. die Ausführungen S. 65

3) S. 65 ff.

4) vgl. S. 75

Erwerb aufgewendet hat. Nur wenn diese Gewißheit besteht, dann ist eine freihändige Verwertung wirtschaftlich interessant. Würde man der Rechtsprechung des RG folgen, wäre diese Gewißheit nicht gegeben. Denn nach der Rechtsprechung des RG können die Einreden, die gegenüber dem Grundschuldgläubiger geltend gemacht werden konnten, auch dem Erwerber gegenüber erhoben werden. Denn eine Abtretung der Grundschuld wäre nur mit der Maßgabe zugelassen, daß die Befriedigung aus dem Grundstück auch in der Hand eines Erwerbers nur in der jeweiligen Höhe des zu sichernden Schuldbetrages zulässig ist. Der Erwerber müßte dann die treuhänderischen Verfügungsbeschränkungen unter den Voraussetzungen des § 1157 BGB in Verbindung mit den §§ 892, 1140 BGB gegen sich gelten lassen. Dem Erwerber könnte dann der Wegfall des Sicherungszweckes entgegengehalten werden, wenn die Forderung erloschen ist.

Die Grundsätze des RG sind bei der freihändigen Verwertung wenig brauchbar. Sinn der freihändigen Verwertung ist es, daß der Forderungsgläubiger durch die Verwertung der Grundschuld den Betrag erhält, den er durch die nicht bzw. nur teilweise erfolgte Befriedigung der Forderung bisher nicht erhalten hat. Wenn der Sicherungsvertragsgläubiger nicht mit dem Forderungsgläubiger personengleich ist, dann ist aus dem Sicherungsvertrag im Zweifel die Verpflichtung des Sicherungsvertragsgläubigers zu entnehmen, dafür zu sorgen, daß der Forderungsgläubiger den aus der Grundschuldverwertung stammenden Betrag erhält. Denn der aus der Verwertung erzielte Erlös soll der Befriedigung der Forderung dienen.¹⁾ Der Erlös soll nach dem Sicherungsvertrag auf die gesicherte Forderung in der Weise einwirken, daß die Forderung getilgt wird oder gegen sie eine Einrede entsteht.²⁾ Wenn der Erlös aber diese Wirkung auf die Forderung ausgeübt hat, ist der Sicherungszweck der Grundschuld fortgefallen, da die gesicherte Forderung nicht mehr geltend gemacht werden kann.³⁾ Soll jetzt der Grundsatz des RG angewendet werden, die Grundschuld dürfe auch in der Hand des Erwerbers nur in der jeweiligen Höhe der gesicherten Forderung geltend gemacht werden? Dann dürfte der Erwerber die Grundschuld nicht geltend machen. Aber gerade hierzu ist sie dem

1) S. 55/56

2) S. 97 - 102, 66

3) S. 53/54

Erwerber übertragen worden. Das kann nicht dem Sinn der freihändigen Verwertung entsprechen. Nach der Rechtsprechung des RG ist die freihändige Verwertung praktisch nicht viel wert. Ein solches Ergebnis ist nicht zu billigen. Der Grundsatz des RG wäre nur anwendbar, wenn man den Verwertungserlös nicht zur Befriedigung der gesicherten Forderung verwenden würde. Dann bliebe die gesicherte Forderung bestehen und der Sicherungszweck bliebe erhalten. Der Erwerber könnte die Grundsuld geltend machen. Aber dann bliebe die Frage übrig, wozu die Grundsuld überhaupt freihändig verwertet wurde. Nach dem Sicherungsvertrag soll sie doch gerade deshalb verwertet werden, um den Erlös zur Befriedigung wegen der gesicherten Forderung zu verwenden.

Die Ausführungen dürften gezeigt haben, daß man der Rechtsprechung des RG in der Frage der befugten Verwertung, also nach Fälligkeit der gesicherten Forderungen, nicht folgen kann. Deshalb hat WESTERMANN¹⁾ gegenüber der Rechtsprechung des RG die wichtige Einschränkung gemacht: Wo der Sicherungsvertragsgläubiger befugtermaßen Grundsuld und gesicherte Forderung voneinander löse, sei die spätere Entwicklung der Forderung für die Grundsuld bedeutungslos. Das sei der Fall, wenn die Abtretung zulässige Verwertung der Grundsuld darstelle oder wenn die Abtretung dem Gläubiger ohne Rücksicht auf die Forderung in der Sicherungsabrede gestattet sei. Durch den Abschluß dieser Einreden wird der Zusammenhang der Grundsuld mit der gesicherten Forderung aufgehoben. Dieses Ergebnis ist im Interesse der Verkehrsfähigkeit der Grundsuld zu billigen.

Unklar bleibt bei WESTERMANN, wie seine Ausführungen mit seiner Ansicht über den Umfang der Abtretung der Grundsuld zu vereinbaren sind.²⁾ In diesem Punkt folgt er der Rechtsprechung des RG. Deshalb ist auch nach seiner Meinung eine Abtretung der Grundsuld nur mit der Maßgabe zugelassen, daß die Befriedigung aus dem Grundstück auch in der Hand des Erwerbers nur in der jeweiligen Höhe des zu sichernden Schuldbetrages zulässig sei.³⁾ Da nun durch die freihändige Verwertung der Grundsuld die gesicherte Forderung in Höhe des Erlöses getilgt wird bzw. eine Einrede gegen sie entsteht,⁴⁾ darf "der zu sichernde Schuldbetrag"

1) vgl. S. 76

2) vgl. S. 76 ff.

3) siehe WESTERMANN SachenR § 116 II 2 b, der auf RG JW 1936, 2310 verweist. Zu RG JW 1936, 2310 siehe Ausführungen S. 73 ff.

4) Zu diesen Fragen siehe näher S. 97 - 102

nicht mehr geltend gemacht werden. Daher kann auch der Erwerber die Grundschild nicht mehr durchsetzen. Die Abtretung der Grundschild nützt ihm deshalb wenig. Es bestehen aus diesem Grunde auch bei der Regelung, die WESTERMANN vorschlägt, ähnliche Schwierigkeiten, wie sie schon bei der Rechtsprechung des RG nachgewiesen wurden.

Die Einschränkung, die WESTERMANN macht, befriedigt mithin noch nicht. Man muß vielmehr in der Frage der befugten Verwertung so weit wie KOMANNS¹⁾ gehen und im Falle der befugten Verwertung, d.h. nach Fälligkeit der gesicherten Forderung, annehmen, daß die Grundschild bei dieser Veräußerung jeden Zusammenhang mit der gesicherten Forderung verliert und daß dem Erwerber, selbst wenn dieser den Sicherungscharakter der Grundschild kennt, keine auf dem Sicherungsverhältnis beruhende Einrede entgegengesetzt werden kann. Hierdurch werden die Schwierigkeiten vermieden, die dann entstehen, wenn die Grundschild mit der Maßgabe abgetreten wird, daß die Befriedigung aus dem Grundstück auch in der Hand des Erwerbers nur in der jeweiligen Höhe des zu sichernden Schuldbetrages zulässig sei. Der Erwerber hat die Gewähr, daß er die Grundschild in dem Umfang, in dem er sie erworben hat, durchsetzen kann. Die Verkehrsfähigkeit der Grundschild wird hierdurch erhalten. Das Risiko der Grundschildverwertung verbleibt bei den Sicherungsvertragsparteien und wird nicht auf den Erwerber der Grundschild abgewälzt. Auch die Rechtsprechung des BGH scheint diesem Ergebnis zuzuneigen.

Als Ergebnis bleibt somit festzuhalten, daß durch die befugte freihändige Verwertung die Grundschild vom Schicksal der gesicherten Forderung getrennt werden darf, d.h. daß ihre schuldrechtliche Zweckbindung aufgehoben werden darf, soweit die Grundschild zur Befriedigung der gesicherten Forderung gebraucht wird.²⁾ Insoweit dürfen dem Erwerber der Grundschild keine Einreden, die sich aus dem Sicherungsverhältnis ergeben könnten, entgegengehalten werden.

(b) Unbefugte freihändige Verwertung.

Eine unberechtigte freihändige Verwertung liegt vor, wenn die Grundschild vor Fälligkeit der gesicherten Forderung³⁾, bei Weg-

1) siehe S. 75

2) Wie die Verwertung durchzuführen ist, vgl. S. 85 ff.

3) vgl. S. 70

fall des Sicherungszweckes¹⁾ oder wenn nach Fälligkeit der gesicherten Forderung eine diese Forderung übersteigende Grundschild auch hinsichtlich des Teiles, der zur Befriedigung für die gesicherte Forderung nicht erforderlich ist²⁾, verwertet wird.

In diesen Fällen kann dem Erwerber die Einrede des mangelnden Verwertungsrechts entgegengehalten werden. Nach dem Sicherungsvertrag darf in diesen Fällen die Grundschild nicht verwertet werden.

Umstritten ist lediglich, wann dem Erwerber diese Einrede schon entgegengesetzt werden kann. Das REICHSGERICHT³⁾ geht sehr weit. Nach seiner Rechtsprechung kann dem Erwerber der Grundschild die aus dem fiduziarischen Rechtsverhältnis zwischen dem Sicherungsvertragsschuldner und dem Sicherungsvertragsgläubiger entspringende Einrede gemäß den §§ 1157, 1192 BGB entgegengesetzt werden, wenn er beim Erwerb der Grundschild durch Abtretung von dem Bestehen des fiduziarischen Rechtsverhältnisses Kenntnis gehabt hat. Demgegenüber vertreten WESTERMANN⁴⁾ und RAISER⁵⁾ die Auffassung, daß nur bei Kenntnis vom Fehlen der Forderung dem Erwerber diese Einrede entgegengehalten werden könne. WESTERMANN⁶⁾ führt aus, durch die Rechtsprechung des RG werde der Erwerber der Grundschild schlechter als der Erwerber der Hypothek gestellt: ihn sichere der Zwang zur gleichzeitigen Abtretung der Forderung und Hypothek in Verbindung mit § 1156 BGB vor nachträglicher Zahlung an den Zedenten. Die Grundschild werde durch die Rechtsprechung des RG praktisch ihrer Eigenschaft als Verkehrsgegenstand entkleidet, da der Erwerber in aller Regel den Sicherungscharakter der Grundschild kennen werde. RAISER⁷⁾ vertritt die gleiche Meinung und weist noch darauf hin, es bestehe auch kein Grund, die Gefahr treuwidriger Verfügungen des Fiduziars über die ihm sicherungshalber bestellte oder übertragene Grundschild auf den Zessionar als einen Dritten abzuwälzen (außer wenn dieser arglistig mit dem Zedenten zusammenwirke). Der Schuldner möge sich an seinen vertragsbrüchigen Gläubiger halten.

1) vgl. S. 53

2) vgl. S. 71/72, 78

3) vgl. S. 73

4) vgl. S. 76

5) vgl. S. 75

6) vgl. S. 77

7) WOLFF-RAISER SachenR § 154 Fußnote 15

Die Meinung von WESTERMANN und RAISER ist vorzuziehen. Neben den von ihnen vorgebrachten Gründen ist noch zu erwähnen, daß bei freihändiger Verwertung die gesicherte Forderung nicht mit abgetreten zu werden braucht und daß die Forderung auch zweckmäßigerweise nicht mit abgetreten wird. Denn da der Erlös aus der Verwertung der Grundschild auf die gesicherte Forderung angerechnet werden soll, erlischt sie in der Höhe bzw. es entsteht in der Höhe eine Einrede gegen sie, die dem Betrag des Erlöses entspricht. Da die weit überwiegende Zahl der Grundschilden zur fiduziarischen Sicherung bestellt wird, wird der Erwerber immer den Sicherungscharakter der Grundschild kennen. Wenn eine Grundschild nun ohne die gesicherte Forderung abgetreten wird, liegt für den Erwerber die Vermutung nahe, daß eine zulässige Verwertung der Grundschild vorliege. Zumindest aber bleibt es für den Erwerber, der nur den fiduziarischen Sicherungscharakter der Grundschild kennt, ohne daß der Inhalt des fiduziarischen Sicherungsvertrages aus dem Grundbuch oder aus dem Grundschildbrief ersichtlich ist, offen, ob die Grundschild nach Fälligkeit der Forderung abgetreten und damit befugt verwertet wurde oder ob die Grundschild schon vor Fälligkeit der Forderung bzw. trotz Nichtbestehens der Forderung abgetreten und damit unbefugt verwertet wurde. Diesen Zweifeln nachzugehen, verpflichtet die in den §§ 1157, 1192 Abs. 1, 892, 1140 BGB enthaltene Regelung den Erwerber nicht, da es nur auf seine Kenntnis oder auf die Eintragung (bzw. Vermerke) im Grundbuch oder auf dem Grundschildbrief ankommt.¹⁾ Könnten dem Erwerber der Rückübertragungsanspruch und die nachträgliche Tilgung der Forderung entgegengehalten werden, dann würde man ihm eine Erkundungs- und Nachprüfungspflicht auferlegen; schon grobe Fahrlässigkeit würde dann die Einrede begründen.²⁾ In den Fällen des § 892 BGB ist volle Kenntnis des Erwerbers vom Eigentümer zu beweisen.³⁾ Fahrlässige Unkenntnis genügt nicht. Nur wenn der Erwerber sittenwidrig die Möglichkeit, andere zu schädigen, ausnutzt, ist § 892 BGB nicht anwendbar.⁴⁾ WESTERMANN läßt deshalb zu Recht den Glauben des Erwerbers an das Verwertungsrecht des Zedenten ausreichen, um

1) Eine solche Erkundigungs- und Nachprüfungspflicht lehnen ebenfalls ab: DEMPEWOLF Diss. S. 46, 47 = S. 58 Rückübertragungsanspruch; KOWALSKI S. 29

2) vgl. PALANDT-HOCHE § 892 Anm. 6 a; RGZ 117, 189; 143, 14 (18); 166, 98 (101)

3) PALANDT-HOCHE § 892 Anm. 6 a

4) RGZ 117, 189 und PALANDT-HOCHE aaO.

Einreden ihm gegenüber auszuschließen.¹⁾

Darüber hinaus ist selbst bei Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse ein Rechtsirrtum zur Begründung des guten Glaubens im Sinne der §§ 892, 1157 BGB als ausreichend anzusehen, wenn hinreichende Anhaltspunkte für einen solchen Rechtsirrtum vorhanden sind. Aufgrund der Behauptungen des Grundschuldgläubigers kann nicht ohne weiteres ein solcher Rechtsirrtum angenommen werden.²⁾ Liegt aber ein solcher Rechtsirrtum vor, dann schließt der durch § 892 BGB gewährte Schutz des Glaubens an die Richtigkeit des Grundbuchs die Geltendmachung der in § 1157 BGB bezeichneten Einreden des Eigentümers gegenüber der dinglichen Klage aus der Grundschuld aus. Dieses ist einmal der Fall, wenn der Erwerber der Grundschuld hinsichtlich der Tatsachen in gutem Glauben war, die den Einreden zugrunde lagen, und zum anderen, wenn er ungeachtet seiner Kenntnis der tatsächlichen Unterlagen infolge eines Rechtsirrtums der Meinung gewesen ist, daß eine Einrede der Grundschuld nicht entgegenstehe.³⁾

Als Ergebnis bleibt somit festzuhalten, daß durch die befugte freihändige Verwertung jeder Zusammenhang mit der gesicherten Forderung aufgehoben werden kann, soweit die Veräußerung der Grundschuld zur Befriedigung des Sicherungsvertragsgläubigers wegen des gesicherten Anspruchs erforderlich ist. Wird die Grundschuld unbefugt (z.B. vor Fälligkeit der gesicherten Forderung oder nach Wegfall des Sicherungszweckes) verwertet, kann dem Erwerber die Einrede des mangelnden Verwertungsrechts des Sicherungsvertragsgläubigers entgegengesetzt werden. Der Erwerber der Grundschuld muß, damit ihm diese Einrede entgegengehalten werden kann, nicht nur den Sicherungscharakter der Grundschuld, sondern er muß außerdem den Wegfall des Sicherungszweckes oder die noch nicht eingetretene Fälligkeit der Forderung kennen und er darf sich nicht in dem Rechtsirrtum befinden, daß eine Einrede der Grundschuld nicht entgegenstehe.

1) vgl. S. 77

2) RGZ 91, 218 (222/223); RG JW 1910, 153

3) RG aaO., besonders: RGZ 91, 218 (223)

(2) Durchführung der freihändigen Verwertung im einzelnen.

Über das Problem, wie die freihändige Verwertung im einzelnen durchzuführen ist, haben sich vier Meinungen gebildet.

Das REICHSGERICHT¹⁾ hat eine Abtretung oder Verpfändung der Grundschild zum Zwecke der Verwertung insoweit zugelassen, als sie zur Befriedigung aus der fiduziarisch bestellten Grundschild notwendig sei. Doch dürfe die Abtretung oder Verpfändung nur mit der Maßgabe geschehen, daß die Befriedigung aus dem Grundstück auch in der Hand eines Erwerbers nur in der jeweiligen Höhe des zu sichernden Schuldbetrages möglich sei, falls die dem Sicherungsnehmer offenstehenden Befriedigungsmöglichkeiten nicht ausdrücklich festgelegt seien.²⁾ Die Bestellung der Grundschild zur fiduziarischen Sicherung begründe ein Treueverhältnis, das den Sicherungsvertragsgläubiger als Treuhänder nach den Grundsätzen von Treu und Glauben in Verbindung mit den §§ 662 ff. BGB verpflichte, neben seinen eigenen Belangen auch die des Sicherungsvertragsschuldners als Treugebers wahrzunehmen. Er sei wegen dieser Interessenwahrungspflicht verpflichtet, die Grundschild so gut wie möglich zu verwerten und den Erlös, soweit er die gesicherte Forderung überschreite, an den Sicherungsvertragsschuldner herauszugeben (§ 667 BGB).³⁾ Der Meinung des RG folgen STRECKER, WESTERMANN, HOCHÉ, RAISER und BAUR.⁴⁾

Der BUNDESGERICHTSHOF⁵⁾ stellt hingegen auf die Lage des einzelnen Falles ab.

Eine dritte Meinung wird von KOMANN⁶⁾ vertreten. Er meint, da nur der Verkauf der Sicherungsgrundschild eine einwandfreie und sichere Ermittlung des für die Grundschild erzielten Erlöses ermöglichen, entspreche es dem Sinn und Zweck des Sicherungsvertrages, daß nur ihr Verkauf als Verwertung der Grundschild mit Tilgungs-

1) RGSt 69, 223 (225); RG JW 1928, 2782 (2784); RGZ 135, 357 (364)

2) RG JW 1936, 2310 (2310/2311); 1928, 2782 (2784)

3) RGSt 69, 223 (225). Die gleiche Meinung vertritt das RG bei der Sicherungsabtretung einer Forderung: RGSt 67, 273 (274), einer hypothekarisch gesicherten Forderung: RGZ 59, 190 (191/192); 76, 345 (347) und bei der Sicherungsabtretung von Wechseln: RGZ 116, 330 (331)

4) PLANCK-STRECKER § 1192 Anm. 6 a; WESTERMANN SachenR § 116 II 2 b; PALANDT-HOCHÉ § 1191 Anm. 2 b, dd; WOLFF-RAISER SachenR § 132 Fußnote 10; SOERGEL-BAUR § 1191 Anm. 10

5) vgl. S. 76

6) KOMANN Sicherungsgrundschild S. 57

wirkung auf die gesicherte Forderung gelten könne. Der Sicherungsvertragsgläubiger handele daher vertragswidrig, wenn er die Grundschild zur Sicherstellung eigener Verbindlichkeiten verpfände; dies sei ihm nicht nur vor, sondern auch nach Eintritt der Fälligkeit der gesicherten Forderung verboten. Tue er es doch, mache er sich schadensersatzpflichtig.

Eine vierte Meinung wird von RIPPET¹⁾ vertreten. Nach seiner Ansicht kann ein Verkauf der Grundschild nebst Abtretung ohne die persönliche Forderung regelmäßig nur dann für vertraglich zulässig erachtet werden, wenn dieses vertraglich besonders gestattet ist oder wenn der Verkauf zum Nennwert der Grundschild erfolgt. Denn der wirkliche Wert der Grundschild kann erst bei einer Versteigerung des Grundstücks festgestellt werden. Im anderen Fall wäre mit Rücksicht auf die Möglichkeiten des Verlustes aller Einnahmen durch einen Erwerb der Grundschild im guten Glauben (vgl. §§ 1157, 1192 Abs. 1 BGB) einer Benachteiligung des Schuldners (und mittelbar auch anderer Gläubiger) Tür und Tor geöffnet. Eine abweichende Entscheidung könne beim Vorliegen triftiger Gründe gerechtfertigt sein. Ein triftiger Grund sei einmal dann gegeben, wenn besondere Hindernisse einer Zwangsversteigerung entgegenständen. Zum anderen läge ein solcher Grund auch dann vor, wenn ein rasches Vorgehen des Gläubigers, dem der Versuch einer Zwangsvollstreckung nach Lage der Sache nicht zugemutet werden könne, notwendig sei.

Daß auf die Praxis der Kreditinstitute, die bei freihändiger "Verwertung" die Grundschild nur zusammen mit der gesicherten Forderung und nur in einer im Verhältnis zu ihr angemessenen Höhe verkaufen,²⁾ nicht näher eingegangen zu werden braucht, ist schon oben³⁾ bemerkt worden. Denn in dieser Handhabung liegt keine Verwertung der Grundschild.⁴⁾

Wie schon im vorigen Abschnitt⁵⁾ dargestellt wurde, kann durch die befugte freihändige Verwertung jeder Zusammenhang mit der gesicherten Forderung aufgehoben werden, soweit die freihändige Ver-

1) RIPPET DFG 1938, 188

2) vgl. S. 45

3) S. 78

4) so die Ausführungen S. 78, 65 ff.

5) vgl. S. 84

wertung zur Befriedigung des Sicherungsvertragsgläubigers wegen des gesicherten Anspruchs erforderlich ist. Deshalb braucht insoweit nicht noch einmal auf die Meinung des REICHSGERICHTS eingegangen zu werden. Denn das RG ist für die Aufrechterhaltung der fiduziarischen Zweckbindung. Es vertritt die Meinung, die Abtretung oder Verpfändung dürfe nur mit der Maßgabe geschehen, daß die Befriedigung aus dem Grundstück auch in der Hand eines Erwerbers nur in der jeweiligen Höhe des zu sichernden Schuldbetrages möglich sei.

Bei der Verwertung der Grundschild hat sich der Sicherungsvertragsgläubiger in den Grenzen des gesicherten Anspruchs zu halten. Aus der Verwertung der Grundschild soll der Sicherungsvertragsgläubiger nicht mehr erhalten, als der Betrag der gesicherten Forderung ausmacht. Die Grundschild ist ganz oder teilweise nur soweit zu verwerten, bis jener Betrag als Erlös erzielt ist.¹⁾

Da der Sicherungsvertragsschuldner ein rechtlich anzuerkennendes Interesse daran hat, daß die Grundschild so günstig wie möglich verwertet wird, hat der Sicherungsvertragsgläubiger die Pflicht, bei der Verwertung zu versuchen, einen möglichst günstigen Gegenwert für die Grundschild zu erhalten. Der Sicherungsvertragsschuldner hat ein Interesse an einer Verwertung der Grundschild zu einem möglichst hohen Gegenwert. Denn dann wird die gesicherte Forderung in einem möglichst hohen Umfang getilgt. Der Sicherungsvertragsschuldner kann in diesem Fall vom persönlichen Schuldner auch einen höheren Ersatz verlangen. Denn da der Eigentümer im Interesse des Sicherungsvertragsschuldners die Grundschild dem Sicherungsvertragsgläubiger bestellt hat und da er aufgrund der zwischen ihnen bestehenden Rechtsbeziehungen Ersatz in Höhe der Inanspruchnahme aus der Grundschild verlangen kann, ist der Sicherungsvertragsschuldner daran interessiert, daß bei der Verwertung ein Erlös erzielt wird, welcher der Grundschildsumme möglichst nahekommmt. Da die Grundschild meistens im Interesse des persönlichen Schuldners vom Sicherungsvertragsschuldner bzw. auf dessen Veranlassung vom Eigentümer bestellt wurde, kann dieser vom persönlichen Schuldner nach den zwischen ihnen bestehenden rechtlichen Beziehungen (wie Auftrag) Ersatz für die Inanspruch-

1) vgl. S. 71

nahme aus der Grundschild verlangen. Bestehen zwischen ihnen keine vertraglichen Beziehungen, dann kann der Sicherungsvertragsschuldner aus § 812 BGB den Wert ersetzt verlangen, der dem Betrag entspricht, in dessen Höhe die gesicherte Forderung durch die freihändige Verwertung der Grundschild getilgt wurde oder eine Einrede gegen die Forderung entstand.¹⁾ Um diesen Betrag ist der persönliche Schuldner durch die Befreiung von seiner Verbindlichkeit bereichert worden. Der Sicherungsvertragsschuldner hätte dann den Unterschied zwischen dem Betrage, mit dem er aus der Grundschild in Anspruch genommen wird, und der Höhe des Anspruchs aus § 812 BGB, der ihm gegen den persönlichen Schuldner zusteht, selbst zu tragen.

Die Pflicht des Sicherungsvertragsgläubigers, bei der Verwertung der Grundschild zu versuchen, einen möglichst günstigen Gegenwert zu erhalten, ist Ausfluß seiner Pflicht zur Wahrung der Interessen des Sicherungsvertragsschuldners. Diese Pflicht gilt nur soweit, wie sein Interesse an einer schnellen freihändigen Verwertung der Grundschild nach Fälligkeit der gesicherten Forderung es zuläßt. Wie die Interessenwahrungspflicht des Sicherungsvertragsgläubigers dogmatisch zu begründen ist, ist umstritten. Nach Meinung des BUNDESGERICHTSHOFS²⁾ folgt diese Pflicht aus der Natur und der Interessenlage des fiduziarischen Sicherungsvertrages. Sie entfalle nur, wenn die besondere Regelung des Einzelfalles oder die Umstände die Annahme zuließen, daß der Sicherungsvertragsgläubiger davon freigestellt werden solle. Das REICHSGERICHT, RÄBEL und JANBERG³⁾ leiten die Interessenwahrungspflicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben in Verbindung mit den Grundsätzen des Auftragsrechts (§§ 662 ff. BGB) her. KOLBENSCHLAG⁴⁾ entnimmt diese Pflicht aus dem abstrakten Charakter der Grundschild in Verbindung mit dem Sicherungszweck und insbesondere aus dem Bestehen des Rückgewähranspruchs, da der Sicherungsvertragsschuldner wegen des abstrakten Charakters der Grundschild mangels eines materiellen Rechts seine Interessen nicht wahren könne. Richtig scheint zu sein, daß die Interessenwahrungspflicht aus der Natur des Siche-

1) vgl. näher S. 97 - 102, 65/66

2) BGHZ 32, 67 (70) = NJW 1960, 958 (959)

3) RGZ 76, 345; 116, 330 (331) = JW 1927, 2295; RÄBEL NJW 1953, 1247 (1248); JANBERG Bank-Archiv XXXVI 515

4) KOLBENSCHLAG WM 1958, 1434 (1435)

rungsvertrages und insbesondere aus der Interessenlage dieses Rechtsverhältnisses zu entnehmen ist (so BGH). Um den Interessen der Sicherungsvertragsparteien entsprechend dem vereinbarten fiduziarischen Sicherungszweck zu genügen, ist die Annahme dieser Verpflichtung erforderlich. Denn der Sicherungsvertragsgläubiger ist allein Verfügungsberechtigt, während der nicht verfügungsbe-rechtigte Sicherungsvertragsschuldner an einer Verwertung zu einem möglichst hohen Entgelt besonders interessiert ist. Man kann zwar die Interessenwahrungspflicht auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben in Verbindung mit den Grundsätzen des Auftragsrechts (§§ 662 ff. BGB) entnehmen. Die Interessenverteilung im Auftrags-recht entspricht insoweit der Interessenlage, die bei den fiduzi-arischen Rechtsverhältnissen besteht. Doch braucht man nicht erst den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben und die Grundsätze des Auftragsrechts heranzuziehen, um die Interessenwahrungspflicht zu begründen. Schon mit der Interessenlage des fiduziarischen Si-cherungsvertrages und mit der Natur des fiduziarischen Sicherungs-vertrages läßt sich diese Pflicht rechtfertigen, wie es der BGH tut. Der Rechtsprechung des BGH ist deshalb zu folgen. Soweit KOLBENSCHLAG die Interessenwahrungspflicht aus dem abstrakten Charakter der Grundschild und aus dem Bestehen des Rückgewähran-spruchs ableitet, ist seine Meinung abzulehnen. Denn aus dem ab-strakten Charakter der Grundschild ist nur zu entnehmen, daß sie von ihrem schuldrechtlichen Rechtsgrund, der "causa ihrer Lei-stung"¹⁾: der Grundschildbestellung, unabhängig ist. Aus dieser Unabhängigkeit vom Rechtsgrund läßt sich aber keine schuldrechtli-che Pflicht ableiten. Diese kann sich nur aus den der Grundschild zugrunde liegenden Rechtsbeziehungen ergeben. Das Bestehen des Rückgewähranspruchs sagt nur darüber aus, daß der Sicherungsver-tragsschuldner nach Wegfall des Sicherungszweckes die Rückgewähr der Grundschild, soweit sie noch vorhanden und nicht verwertet ist, verlangen kann.²⁾ Aber die Interessenwahrungspflicht läßt sich aus diesem Anspruch nicht herleiten. Sie kann nur aus der In-teressenlage und aus der Natur des Sicherungsvertrages entnommen werden.

1) Zu diesem Begriff siehe die Ausführungen S. 54 und die dortige Anmerkung sowie LARENZ SchuldR Bd. II § 62 I a (S. 314/315)

2) S. 118 ff.

Verwendet der Sicherungsvertragsgläubiger die Grundschild für eigene Zwecke, ohne daß er einen Gegenwert erlöst (z.B. er verwendet sie als Sicherheit für eigene Verpflichtungen), dann ist der Betrag als erlöst anzusehen, den er bei einer entgeltlichen Veräußerung zu diesem Zeitpunkt erlangen würde.

Die Verpflichtung, sich im Rahmen des gesicherten Anspruchs zu halten, schließt nicht aus, daß die Grundschild mit einem höheren Grundschildkapital freihändig verwertet wird, als die gesicherte Forderung ausmacht. Das ist zulässig, wenn die freihändige Verwertung bei Beachtung der Interessenwahrungspflicht durch den Sicherungsvertragsgläubiger keinen höheren Betrag erbringt, als die gesicherte Forderung ausmacht. Der Erwerber der Grundschild kann sie in vollem Umfang geltend machen, da sie vom Sicherungsvertragsgläubiger im Rahmen des gesicherten Anspruchs zu Recht verwertet wurde. Die Differenz zwischen dem Betrag, zu dem er die Grundschild erworben hat, und dem Grundschildkapital ist für den Erwerber Verdienst, wenn es ihm gelingt, die Grundschildsumme voll hereinzubekommen. Da aber im Zeitpunkt der freihändigen Verwertung die Grundschild keinen höheren Wert als den Betrag, der als Erlös erzielt worden ist, besaß, hätte auch die Zwangsvollstreckung in das Grundstück keinen höheren Erlös erbracht. Auch nur in Höhe dieses Erlöses wäre die gesicherte Forderung getilgt worden. Im übrigen hätte auch sie weiter geltend gemacht werden können, während der Eigentümer in Höhe der Grundschildsumme vom Sicherungsvertragsschuldner hätte Ersatz verlangen können.¹⁾ In Höhe dieser Differenz wäre auch bei der Zwangsvollstreckung aus der Grundschild eine "doppelte" Inanspruchnahme gegeben. Gegen eine doppelte Inanspruchnahme in diesem Umfang sind der Sicherungsvertragsschuldner und der Forderungsschuldner deshalb nicht geschützt.

Das schuldrechtliche Grundgeschäft, das der Abtretung der Grundschild bei der freihändigen Verwertung zugrunde liegen kann, kann Kauf (auch in Form privater Versteigerung²⁾), Tausch, Sicherungsvertrag oder ein ähnliches Rechtsgeschäft sein. KOMANNS³⁾

1) S. 87

2) JANBERG Z.f.ges.Kreditwesen 1949, 496;
PALANDT-HOCHE § 1191 Anm. 2 b dd

3) vgl. S. 85

will bei der freihändigen Verwertung nur den Verkauf der Grundschuld zulassen, da nur er eine einwandfreie und sichere Ermittlung des aus der Verwertung der Grundschuld erzielten Erlöses ermöglichen. RIPPEN¹⁾ geht noch weiter und will nur einen Verkauf der Grundschuld zu ihrem Nennwert zulassen. Berücksichtigt man aber die Interessenwahrungspflicht des Sicherungsvertragsgläubigers und nimmt man die vorgeschlagene Erlösberechnung vor, wenn der Sicherungsvertragsgläubiger die Grundschuld für eigene Zwecke, ohne einen Gegenwert zu erlösen, verwendet,²⁾ dann sind die Bedenken KOMANN'S und RIPPEN'S nicht so schwerwiegend, als daß sie bei freihändiger Verwertung der Grundschuld nur die Zulassung des Verkaufs der Grundschuld rechtfertigen könnten. Durch die Interessenwahrungspflicht des Sicherungsvertragsgläubigers ist der Sicherungsvertragsschuldner genügend dagegen geschützt, daß bei der Verwertung der Grundschuld ein zu niedriges Entgelt erzielt würde. Es ist deshalb die Meinung des BUNDESGERICHTSHOF'S³⁾ vorzuziehen, Er stellt es auf den einzelnen Fall ab, welche Maßnahmen bei der Verwertung im einzelnen ergriffen werden dürfen, damit der Sicherungsvertragsgläubiger zu seinem Geld kommen kann. Der BGH schränkt das Verwertungsrecht des Sicherungsvertragsgläubigers nur insoweit ein, als er dabei dem Sicherungsvertragsschuldner (= Sicherungsgeber) keine unangemessenen Nachteile bereiten dürfe. Man muß es dem Sicherungsvertragsgläubiger freistellen zu entscheiden, wie er die Grundschuld nach Lage des Falles am besten verwerten will: ob durch Abtretung oder Verpfändung. Nur dann wird es ihm möglich sein, die Grundschuld günstig zu verwerten. Diese Regelung stimmt mit der Rechtsprechung des BGH überein. Die Interessen des Sicherungsvertragsschuldners werden nicht beeinträchtigt. Denn auf Grund der Interessenwahrungspflicht⁴⁾ ist der Sicherungsvertragsgläubiger gehalten, die Grundschuld möglichst günstig zu verwerten. Verwertet der Sicherungsvertragsgläubiger aber die Grundschuld ohne Rücksicht auf die fiduziarische Zweckbindung und insbesondere ohne Rücksicht auf die Interessenwahrungspflicht,

1) vgl. S. 86

2) vgl. S. 90

3) vgl. S. 85

4) vgl. S. 88/89

dann macht er sich wegen Forderungsverletzung (positiver Vertragsverletzung) analog den §§ 280, 286, 325 BGB schadensersatzpflichtig.¹⁾ Der Sicherungsvertragsschuldner kann mit Hilfe dieses Schadensersatzanspruches verlangen, so gestellt zu werden, als ob die Grundsuld möglichst günstig verwertet worden wäre (§ 249 BGB).

Soweit die Grundsuld zur Befriedigung wegen der gesicherten Forderung nicht erforderlich ist, muß gewährleistet sein, daß dieser Teil der Grundsuld vom Erwerber nicht geltend gemacht werden kann. Denn der Sicherungsvertragsgläubiger darf die Grundsuld nur im Rahmen des gesicherten Anspruchs verwerten. Auf Grund der Interessenwahrungspflicht hat er dafür zu sorgen, daß die genannte Verpflichtung bei der Verwertung eingehalten wird. Dieses bedeutet andererseits nicht, daß der Erwerber nur im Rahmen des gesicherten Anspruchs die Grundsuld geltend machen dürfe (so die abgelehnte RG-Rechtsprechung²⁾), sondern daß er nur den Teil der Grundsuld geltend machen darf, der zur Befriedigung der gesicherten Forderung verwertet wurde. Dieser Teil kann sehr wohl den Betrag der gesicherten Forderung übersteigen, da der Erwerber die Grundsuld nur mit einem gewissen Abschlag erwerben wird, um in Höhe dieses Abschlages an der Grundsuld zu verdienen.

Die Sicherung gegen die Gefahr, daß die Grundsuld in einem größeren Umfang, als zur Befriedigung wegen der gesicherten Forderung erforderlich war, vom Erwerber geltend gemacht wird, kann auf verschiedene Weise durchgeführt werden. So kann die Grundsuld geteilt werden und es kann nur der Teil, der zur Befriedigung wegen der gesicherten Forderung erforderlich ist, abgetreten werden. Eine Teilung der Grundsuld ist grundbuchmäßig zulässig, vgl. die §§ 61, 70 GBO. Ist eine Teilung der Grundsuld untunlich oder ist eine Teilung der Grundsuld vertraglich ausgeschlossen, dann hat der Sicherungsvertragsgläubiger auf Grund der Interessenwahrungspflicht die Aufgabe, mit dem Erwerber zugunsten des Eigentümers des belasteten Grundstücks zu vereinbaren, daß er und seine Nachfolger die Grundsuld nur in Höhe des Teils der Grundsuldsumme geltend machen, für den vom ersten Erwerber ein Entgelt gezahlt wurde. Aufgrund der Interessenwahrungspflicht hat der Sicherungsvertragsgläubiger weiter die Aufgabe, den Erwerber

1) vgl. näher S. 116

2) vgl. S. 85

zu verpflichten, daß dieser seinen Zessionar wieder verpflichte, dem folgenden Erwerber diese Einschränkung in der Geltendmachung der Grundschild mitzuteilen und diese zu verpflichten, es seinem Zessionar der Grundschild wieder mitzuteilen und mit diesem eine entsprechende Vereinbarung zu treffen. Eine solche Verpflichtung belastet den Erwerber nicht, da er für den Teil der Grundschildsumme, der nicht zur Befriedigung des gesicherten Anspruchs verwertet zu werden brauchte, kein Entgelt gezahlt hat. Diese Einschränkung in der Geltendmachung der Grundschild geht deshalb nicht zu seinen Lasten. Die Vereinbarung muß zugunsten des Eigentümers des belasteten Grundstücks abgeschlossen werden. Nur dann ist er in der Lage, diese Vereinbarung als Einrede gegen die Grundschild bezüglich des Teiles zu erheben, der zur Befriedigung für die gesicherte Forderung nicht erforderlich war. Da es zweifelhaft ist, ob diese Verpflichtung eingehalten wird, ist aus der Interessenwahrungspflicht die weitere Verpflichtung des Sicherungsvertragsgläubigers anzunehmen, eine Einrede gegen die Grundschild in das Grundbuch gemäß §§ 1157, 892 BGB eintragen zu lassen. Diese Einrede hat den Wortlaut, die Grundschild dürfe nur bis zum Betrag von DM (= Teil der Grundschildsumme, für den ein Entgelt gezahlt wurde) geltend gemacht werden. Andernfalls wäre der Sicherungsvertragsschuldner der Gefahr der doppelten Inanspruchnahme in der Höhe ausgesetzt, die er nicht zu tragen brauchte. Denn insoweit, wie die Grundschild zur Befriedigung wegen der gesicherten Forderung nicht verwertet zu werden braucht, ist die Verwertung nicht mehr durch das Befriedigungsinteresse des Sicherungsvertragsgläubigers gedeckt und kann somit insoweit nicht einredefrei verwertet werden. Eine Verwertung in diesem Umfang wäre vielmehr unbefugt, wie schon oben dargelegt wurde.¹⁾

Eine Pflicht zur Eintragung einer Einrede wurde bisher, soweit ersichtlich, noch nicht angenommen. Unbestritten besteht ein Recht des Eigentümers, die Eintragung einer Einrede zu verlangen, vgl. §§ 1157, 894 BGB. Denn bestehen Einreden des Eigentümers gegenüber dem Grundschildgläubiger gegen die Geltendmachung der Grundschild, so kann er die Eintragung dieser Einreden in das Grundbuch verlangen und sie schon vor Eintragung der Einreden durch Wider-

1) vgl. S. 81 ff.

spruch sichern lassen, §§ 894 - 899, 1157 BGB.¹⁾ Dem Erwerber der Grundschild können die Einreden entgegengehalten werden, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind, wenn er sie kannte (§§ 892, 1157 BGB), wenn sie aus den Übertragungsurkunden (§ 1155 BGB)²⁾ bzw. aus dem Grundschildbrief (§§ 1140, 1157 BGB) zu ersehen sind oder wenn der Eigentümer einen Widerspruch gegen die Einrededefreiheit der Grundschild im Grundbuch hat eintragen lassen (§§ 892, 1157 BGB).³⁾ Nur wenn die Grundschild nicht durch Rechtsgeschäft erworben wird, gilt § 892 BGB nach seinem Wortlaut nicht. Dann können selbst bei Unkenntnis dem Erwerber Einreden nach § 1157 BGB entgegengehalten werden, auch wenn sie aus dem Grundbuch oder dem Grundschildbrief nicht ersichtlich waren.⁴⁾ Die Verpflichtung des Sicherungsvertragsgläubigers, die Einrede eintragen zu lassen, ist aus folgenden Gründen zu rechtfertigen. Der Sicherungsvertragsgläubiger wählt bei der freihändigen Verwertung eine andere Art der Verwertung, als das Gesetz geregelt hat. Das Gesetz hat die Zwangsvollstreckung als den regelmäßigen Weg der Verwertung angesehen (vgl. §§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB). Durch die freihändige Verwertung werden besondere Gefahren für den Sicherungsvertragsschuldner geschaffen. Nach dem Sicherungsvertrag braucht der Sicherungsvertragsschuldner aber diese zusätzlichen Gefahren nicht zu tragen. Die Gefahren werden beseitigt, wenn die Einrede eingetragen wird.

Der BUNDESGERICHTSHOF⁵⁾ läßt im Anschluß an die Rechtsprechung des REICHSGERICHTS⁶⁾ den Rückgewähranspruch als Einrede zu. Der BGH führt dazu aus, dem Grundeigentümer stehe wegen seines Anspruchs auf Rückabtretung der Grundschild eine Einrede zu, die zur Abweisung der Klage führen müsse. Soweit der Anspruch auf Rückabtretung der Grundschild sich auf § 812 BGB gründe, handle es sich dabei um die allgemeine Bereicherungseinrede, die in den Fällen der ungerechtfertigten Bereicherung neben dem Anspruch auf

1) PALANDT-HOCHE § 1157 Anm. 3; RGR-Komm. § 1157 Anm. 4; GÄHRS JW 1933, 1299; KG JW 1931, 3282 (3284 r.)

2) PALANDT-HOCHE § 1157 Anm. 3

3) vgl. zum Ganzen: PALANDT-HOCHE § 1157 Anm. 3; RGR-Komm. § 1157 Anm. 4; WEISBECKER S. 38; KGJ 33 A 261

4) RGR-Komm. § 1157 Anm. 4

5) BGHZ 19, 205/206 = NJW 1956, 177

6) RGZ 78, 60 (67); 91, 218 (224/225)

Herausgabe der Bereicherung (§ 812 BGB) als selbständige Einrede zur Entstehung gelange und jeden Anspruch entkräfte, durch den der Grundschildgläubiger auf Kosten des Eigentümers ohne Rechtsgrund bereichert werde. Soweit der Anspruch aus Vertrag hergeleitet werde, ergebe sich die Einrede gemäß § 242 BGB aus der Erwägung, daß der Grundschildgläubiger das aus der Grundschild Erlangte zurückzuerstatten verpflichtet wäre und daher die Geltendmachung der Grundschild mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren sei.

Diese Einrede genügt nicht, Der Rückgewähranspruch ist als voll wirksamer Anspruch erst gegeben, wenn der Sicherungszweck fortgefallen ist.¹⁾ Erst von diesem Zeitpunkt ab könnte dann die Einrede erhoben werden. Würde die Grundschild aber schon vor Fälligkeit der gesicherten Forderung überhaupt bzw. nach Fälligkeit des Anspruchs in einem größeren Umfang als zulässig geltend gemacht, dann wäre der Eigentümer schutzlos. Deshalb ist es zu rechtfertigen, daß bei der freihändigen Verwertung einer Grundschild, die in ihrem Grundschildkapital größer ist als zur Verwertung wegen der Befriedigung der gesicherten Forderung erforderlich ist, die oben²⁾ vorgeschlagene Einrede im Grundbuch eingetragen wird.

Der Eigentümer kann die Einrede geltend machen. Dieses Recht steht ihm aus dem Sicherungsvertrag zu, da er entweder selbst Sicherungsvertragsschuldner ist oder da ihm dieses Recht im Zweifel nach dem Willen der Sicherungsvertragsparteien gemäß § 328 BGB zugewendet worden ist. BÖHMER³⁾ warnt zu Recht vor einer allzu weiten Anwendung des § 328 BGB, bei der weitgehend nur noch mit Fiktionen gearbeitet werde. Da im vorliegenden Fall aber die Sicherungsvertragsparteien die gesamten Rechtsverhältnisse, auch das durch die Grundschildbestellung entstehende Rechtsverhältnis zwischen Grundschildgläubiger und dem Eigentümer, überblicken konnten und da ihnen das Entstehen dieses Rechtsverhältnisses bekannt war, arbeitet man mit keiner Fiktion, wenn man den Willen der Sicherungsvertragsparteien mit Hilfe der §§ 133, 157 BGB im oben dargelegten Sinne auslegt und die Zuwendung des Einrederechts an den Eigentümer annimmt.⁴⁾

1) S. 130 ff.

2) S. 92/93

3) BÖHMER MDR 1960, 807

4) vgl. RGZ 127, 218 (222); LARENZ SchuldR Bd. I § 161 (S.158-161)

Sind Sicherungsvertragsgläubiger und Grundschuldgläubiger verschiedene Personen, dann kann die Einrede, die sich aus dem Sicherungsvertrag gegen die Geltendmachung der Grundschuld ergibt, auch gegen den Grundschuldgläubiger erhoben werden. Denn entweder ist der Vertreter des Sicherungsvertragsgläubigers (so wenn der Sicherungsvertragsgläubiger einen Dritten benannt hat, für den die Grundschuld zu bestellen war¹⁾) oder er ist Rechtsnachfolger des Sicherungsvertragsgläubigers in dessen Eigenschaft als Grundschuldgläubiger. Im letzteren Fall wirkt nach § 1157 BGB der Sicherungsvertrag auch ihm gegenüber, es sei denn, er ist hinsichtlich der Einrede gutgläubig (§§ 1157, 892, 1192 Abs. 1 BGB).²⁾ Bei der doppelseitigen Treuhand³⁾ wirkt der Sicherungsvertrag gegen den Grundschuldgläubiger schon deshalb, weil der Treuhänder an diesem Vertrag teilgenommen hat und weil er zugleich Grundschuldgläubiger ist.⁴⁾

Ist ein Sicherungsvertrag nicht zustande gekommen, ergibt sich die Einrede aus § 812 BGB.⁵⁾ Es handelt sich um die allgemeine Bereicherungseinrede.

Sind der Eigentümer, Forderungsschuldner und Sicherungsvertragsschuldner sowie Grundschuldgläubiger, Forderungsgläubiger und Sicherungsvertragsgläubiger jeweils dieselben Personen, dann kann der Sicherungsvertragsschuldner die Befriedigung der gesicherten Forderung verweigern, bis der Sicherungsvertragsgläubiger ihm die zur Löschung oder Umschreibung der Grundschuld auf seinen Namen erforderlichen Unterlagen aushändigt. Er sichert sich so gegen die Gefahr doppelter Inanspruchnahme.

Ist der Sicherungsvertragsschuldner nur zugleich Schuldner der gesicherten Forderung, nicht aber Eigentümer des belasteten Grundstücks, hat er das Verweigerungsrecht in der gleichen Weise, da er als Sicherungsgeber aufgrund seiner Rechtsbeziehungen zu dem Eigentümer ein rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuches besitzt, §§ 1192 Abs. 1, 1167, 1144, 1145 BGB. Auch in diesem Fall wird man ihm den Anspruch auf die zur Berichtigung erforder-

1) vgl. S. 52

2) vgl. S. 93/94

3) vgl. S. 52

4) WESTERMANN SachenR § 116 III 2 b

5) BGHZ 19, 205/206 =NJW 1956, 177

derlichen Urkunden zubilligen müssen.¹⁾ Dagegen ist die Regelung des § 1161 BGB, der Ausfluß des Akzessorietätsgrundsatzes ist, nicht anwendbar.²⁾

d) Folgen der Verwertung

Die Verwertung der Grundschuld soll nach den Vereinbarungen im Sicherungsvertrag die Wirkung haben, daß die gesicherte Forderung in Höhe des Verwertungserlöses getilgt wird bzw. daß eine Einrede gegen sie entsteht. Denn nach dem Sinn und Zweck der Grundschuldbestellung soll der Forderungsgläubiger den Erlös aus der Verwertung der Grundschuld erhalten, um sich mit diesem Betrag für die fällige, aber noch nicht erfüllte Forderung zu befriedigen. Wenn nun der Sicherungsvertragsgläubiger nicht mit dem Forderungsgläubiger personengleich ist, dann ist aus dem Sicherungsvertrag im Zweifel die Verpflichtung des Sicherungsvertragsgläubigers zu entnehmen, dafür zu sorgen, daß der Forderungsgläubiger den aus der Grundschuldverwertung stammenden Betrag erhält. Gemäß § 267 BGB ist eine wirksame Leistung auf die Forderung durch den Sicherungsvertragsgläubiger möglich.³⁾

aa) Tilgung der gesicherten Forderung durch Verwertung der Grundschuld.

Ob man nun aus der sinn- und zweckgemäßen Auslegung des Sicherungsvertrages entnehmen kann, daß im Zweifel die Forderung erlöschen soll, wenn der Sicherungsvertragsgläubiger aus der Verwertung der Grundschuld einen der Höhe der noch nicht getilgten Forderung entsprechenden Betrag erhalten hat, ist umstritten. Das REICHSGERICHT⁴⁾ hat die Tilgung der Forderung abgelehnt und nur das Entstehen einer Einrede angenommen. Es hat ausgeführt, der Sicherungsvertragsgläubiger, der aus der ihm zur Sicherheit bestellten Grundschuld befriedigt sei, könne selbst nicht mehr gegen den persönlichen Schuldner vorgehen. Aber einer Abtretung dieser Forderung an den "dinglichen Schuldner", auf dessen Kosten er befriedigt sei, stehe insoweit nichts entgegen, als dieser Rück-

1) PLANCK-STRECKER § 1192 Anm. 6 e (S. 1376/77)

2) PLANCK-STRECKER aaO.; PALANDT-HOCHE § 1192 Anm. 1

3) vgl. S. 55/56

4) RGZ 150, 371 (374)

griffsansprüche gegen den persönlichen Schuldner habe. Denn ihrer wirtschaftlichen Natur nach ständen die sicherungsweise Bestellung einer Grundschild und die Bestellung einer Hypothek für die persönliche Schuld einander so nahe, daß der Schuldner aus der Grundschild, der den Gläubiger befriedige, ein Recht darauf habe, durch Abtretung der Forderung gegen den persönlichen Schuldner ebenso gestellt zu werden wie der in der gleichen Lage befindliche Hypothekenschuldner.

In der Literatur wird weitgehend nur auf die Frage, welche Wirkung die freiwillige Zahlung der Grundschildsumme auf die Forderung ausübt, eingegangen. Das vorliegende Problem, ob durch die Verwertung der Grundschild gleichzeitig die gesicherte Forderung getilgt wird, behandeln nur WESTERMANN, HECK, KÜCHLER und HOCHÉ. WESTERMANN ¹⁾ führt aus, eine entgeltliche Abtretung der Grundschild sei zumindest in Höhe des Entgelts eine Verwertung der Grundschild mit dem Erlöschen der Forderung als Folge. Die Vertreter der Theorie der "Zweckgemeinschaft", HECK und KÜCHLER, ²⁾ leiten aus ihrer Grundeinstellung zum Grundpfandrecht ab, daß das Verhältnis von Grundschild und Forderung als gesamtschildähnliches Verhältnis aufzufassen sei und daß wie bei der Gesamtschild die Befriedigung des Interesses mittels des einen "Anspruchs" unmittelbar auf den anderen wirke. Ihre Grundeinstellung zum Grundpfandrecht ist wie folgt: Hypothek und Grundschild unterschieden sich nur darin, daß die Hypothek das buchmäßig mit einer persönlichen Forderung verbundene, die Grundschild das buchmäßig alleinstehende Grundpfandrecht sei. Denn Forderung und Grundschild sicherten beide das gleiche obligationsähnliche Interesse, so wie bei der Gesamtschild das Gläubigerinteresse mehrfach durch die Haftung der Gesamtschildner gesichert sei. KÜCHLER ³⁾ führt darüber hinaus weiter aus: Seien persönlicher Schuldner und Eigentümer nicht dieselbe Person und werde die Grundschild gegen Entgelt abgetreten, entspreche hier in nicht allen Fällen der Untergang der Forderung (in Höhe der Valuta) der Interessenlage der Schuldpersonen. Dies sei nur dann der Fall, wenn nach den Innenbeziehungen der Eigentümer endverpflichtet sei. Denn dann sei der Schuldner in Höhe der

1) WESTERMANN bei ERMAN § 1192 Anm. 12 a.E.

2) HECK SachenR S. 323 ff.; insb. S. 330 f., 348, 412; KÜCHLER Sicherungsgrundschild S. 31 ff., 61, 102. Die Kennzeichnung der Theorie der Zweckgemeinschaft entnommen aus: WESTERMANN SachenR § 114 II 1 c

3) KÜCHLER S. 107

Valuta frei geworden, wie es seinen Erwartungen und seinen Innenbeziehungen entspreche. Den Eigentümer treffe insoweit die alleinige Haftung. Auch für die an der Abtretung beteiligten Gläubiger sei diese Lösung in jeder Weise befriedigend. Sei aber intern nicht der Eigentümer, sondern der Schuldner zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet, so würde der Untergang der Forderung ein unsinniges Ergebnis sein. Die Folge wäre, daß der Schuldner, der den Eigentümer von seiner Grundschiuldlast befreien solle, selbst ganz oder teilweise durch die Abtretung von seiner Schuld befreit würde, während der Eigentümer insoweit allein verhaftet bliebe. Diese Lösung würde auch dem Willen des Gesetzes widersprechen, da der in § 1143 BGB bzw. § 426 Abs. 2 BGB angeordnete Übergang der Forderung auf den Eigentümer, soweit er allein hafte, unmöglich sein würde. Ein Untergang der Forderung könne daher, wenn der Schuldner intern endverpflichtet sei, nicht in Betracht kommen, ebensowenig ein Bestehenbleiben für den alten Gläubiger. Die den Interessen aller Beteiligten gerecht werdende Lösung sei die, daß die Forderung - in Höhe der Valuta - auf den intern nicht verpflichteten Eigentümer übergehe. HOCHÉ ¹⁾ stimmt der Meinung von KÜCHLER und HECK zu und meint, verwerte der Gläubiger die Grundschiuld durch Abtretung, so erlösche die Forderung in Höhe der erhaltenen Valuta, jedoch auflösend bedingt dadurch, daß die Abtretung durch Anfechtung oder Rücktritt hinfällig werde.

Die Wirkung, daß die gesicherte Forderung in Höhe des Ertrages aus der Verwertung der Grundschiuld getilgt wird, kann nur eintreten, wenn der Forderungsgläubiger am Sicherungsvertrag als Vertragspartner teilgenommen hat, insbesondere, wenn er zugleich Sicherungsvertragsgläubiger ist oder wenn er den Sicherungsvertragsgläubiger ermächtigt hat, die Leistung zur Tilgung der Forderung entgegenzunehmen, §§ 362 Abs. 2, 185 BGB. Im anderen Fall, wenn der Forderungsgläubiger nicht am Sicherungsvertrag beteiligt ist oder den Sicherungsvertragsgläubiger nicht ermächtigte, läge eine unwirksame Verfügung durch den Sicherungsvertragsgläubiger über die Forderung vor, falls er durch die Annahme des Verwertungserlöses über die Forderung in der Form verfügen wollte, daß er die Leistung als Tilgung der Forderung ansähe. Eine solche Verfügung würde erst durch die Genehmigung des Forderungsgläubigers wirksam,

1) PALANDT-HOCHÉ § 1191 Anm. 2 b, dd

§§ 185, 362 Abs. 2 BGB. Es ist deshalb in diesem Fall anzunehmen, daß durch die Verwertung der Grundschild nicht auch gleichzeitig die Forderung getilgt wird.

Aber selbst wenn der Forderungsgläubiger am Sicherungsvertrag teilgenommen hat, ist nicht in jedem Fall die Tilgung der gesicherten Forderung anzunehmen. Der Sicherungsvertragsschuldner, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, hat vielmehr ein Interesse daran, daß bei Verwertung oder nach Verwertung der Grundschild ihm bzw. dem Eigentümer die Forderung abgetreten wird. Er ist dann in der Lage, vom Schuldner die Forderung nicht nur aus den zwischen ihnen schon bestehenden Rechtsverhältnissen¹⁾, sondern auch aus der Forderung Ersatz für die Verwertung der Grundschild durch den Sicherungsvertragsgläubiger zu verlangen. Das RG hat deshalb in diesen Fällen das Entstehen einer Einrede angenommen.²⁾

KÜCHLER unterscheidet noch, ob der persönliche Schuldner oder der Eigentümer endverpflichtet seien, d.h. wer von ihnen die Nachteile aus der Inanspruchnahme aus der Grundschild zu tragen habe.³⁾ Diese Unterscheidung ist zwar zu billigen. Aber nur soweit der Eigentümer endverpflichtet ist und der Forderungsgläubiger am Sicherungsvertrag teilgenommen hat, ist mit KÜCHLER³⁾ anzunehmen, daß die gesicherte Forderung erlischt. Soweit der persönlich Schuldner endverpflichtet ist, kann KÜCHLERS Meinung nicht gefolgt werden. KÜCHLER ist der Ansicht, daß in diesem Fall die Forderung in Höhe des Verwertungserlöses auf den intern nicht verpflichteten Eigentümer übergehe; eine andere Lösung würde auch dem Willen des Gesetzes widersprechen, da der in § 1143 bzw. § 426 Abs. 2 BGB angeordnete Übergang der Forderung auf den Eigentümer dann nicht möglich wäre. Aber wegen der Nicht-Akzessorietät der Grundschild kann man nicht annehmen, daß entsprechend § 1143 bzw. § 426 Abs. 2 BGB die Forderung in diesem Fall auf den Eigentümer kraft Gesetzes übergehe. Selbst wenn § 1143 BGB im Grundschildrecht anwendbar wäre, dann könnte sich das in dieser Vorschrift für die Forderung vorgeschriebene nur auf die Grundschild beziehen.⁴⁾ KÜCHLER stellt

1) vgl. S. 63

2) vgl. S. 97

3) vgl. S. 98/99

4) vgl. PALANDT-HOCHE § 1192 Anm. 1, 2 a:E.

im Anschluß an HECK die Behandlung der Grundschild und der gesicherten Forderung weitgehend der Hypothek und der Hypothekenforderung gleich. Dieses Verhalten von KÜCHLER und HECK ist die Folge ihrer Grundeinstellung. Nach ihrer Meinung unterscheiden sich Hypothek und Grundschild nur in einem Punkt: Die Hypothek sei buchmäßig, die Grundschild nicht buchmäßig, wohl aber materiell mit der Forderung verbunden. Forderung und Grundschild sicherten beide das gleiche obligationsähnliche Interesse, so wie bei der Gesamtschild das Gläubigerinteresse mehrfach durch die Haftung der Gesamtschildner gesichert sei.¹⁾ Diese Einstellung ist insoweit zu billigen, als es sich um eine wirtschaftliche Zweckbetrachtung handelt. Denn durch die Leistungsidentität zwischen der gesicherten Forderung und der Grundschild wird zwar eine gewisse "Zweckgemeinschaft" zwischen den Beteiligten herbeigeführt. Auf eine solche "Zweckgemeinschaft" zwischen Pfandrecht und gesicherter Forderung ist auch schon früh hingewiesen worden,²⁾ insbesondere durch von TUHR³⁾; auch in der neueren Literatur wird eine solche Zweckgemeinschaft nicht geleugnet.⁴⁾ Doch kann man nicht soweit wie KÜCHLER und HECK gehen und aufgrund dieser "Zweckgemeinschaft" und der Leistungsidentität einen Übergang der Forderung annehmen. Ein solcher Schritt wird durch die Dogmatik des BGB nicht gerechtfertigt und ist auch nicht erforderlich. Denn die Leistungsidentität hat nur Bedeutung für die Frage, ob über die Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung (bzw. über vertragliche Ansprüche) ein Ausgleich der Interessen der Beteiligten zu erfolgen hat. Die Tilgungswirkung hinsichtlich der Forderung tritt bei Verwertung der Grundschild nicht deshalb ein, weil die Grundschild und die gesicherte Forderung auf die Befriedigung desselben Interesses gerichtet sind.⁵⁾ Zwar ist das Interesse befriedigt, wenn aus einem dieser Rechte ein Betrag in Höhe der gesicherten Forderung erlangt ist (Identität des Leistungsinteresses).⁶⁾ Soll die Verwertung der

1) vgl. S. 98

2) vgl. von LÜBTOW Festschrift für HEINRICH LEHMANN 1956 S.347 Fußnote 68

3) von TUHR Allg. Teil Bd. I S. 136

4) WESTERMANN SachenR § 93 II 4 c, § 114 II 1 c; WOLFF-RAISER SachenR § 132 I 2 sowie Fußnote 3

5) vgl. ENNECCERUS-LEHMANN § 1 IV 1

6) ENNECCERUS-LEHMANN aaO.; ADLER Z.f.d.ges.HandelsR Bd. 64, 148; HECK SachenR § 76, 5 (S. 315), § 76, 2 (S. 314); KÜCHLER S. 32, 41; TROBITZSCH Diss. S. 34

Grundschild eine Tilgungswirkung auf die gesicherte Forderung ausüben, dann erlischt die Forderung deshalb, weil diese Tilgung im Sicherungsvertrag vereinbart ist oder weil der Sicherungsvertragsgläubiger gemäß § 267 BGB auf die Forderung die Leistung bewirkt hat.¹⁾ Die Mittel für diese Leistung hat der Sicherungsvertragsgläubiger mit dem Erlös, der aus der Verwertung der Grundschild erzielt wurde, erhalten. Aus dem Vorhandensein der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung ist eindeutig zu entnehmen, daß nach der Systematik des Gesetzes der Wegfall des Leistungsinteresses nicht zwingend die Tilgung der Forderung nach sich ziehen muß. Die Durchsetzung der Forderung kann auch dadurch verhindert werden, daß ein Verzicht auf sie aus § 812 BGB verlangt werden kann. Dieses Recht kann auch einredeweise geltend gemacht werden. Durch den Wegfall des Leistungsinteresses ist der "rechtliche Grund" im Sinne des § 812 BGB weggefallen. "Rechtlicher Grund" ist hier der Sicherungszweck, der im Sicherungsvertrag enthalten ist und der die Identität des Leistungsinteresses an beiden Rechten herbeiführte.²⁾

Nach den einzelnen Fallgruppen muß somit hinsichtlich der Tilgungswirkung unterschieden werden. Die Forderung wird also getilgt, wenn erstens der Forderungsgläubiger am Sicherungsvertrag teilgenommen hat und wenn zweitens entweder der Sicherungsvertragsschuldner und der persönliche Schuldner personengleich sind oder wenn der Eigentümer endverpflichtet ist. Es entsteht eine Einrede gegen die Forderung, wenn der Forderungsgläubiger am Sicherungsvertrag zwar teilgenommen hat, aber entweder der Sicherungsschuldner und der persönliche Schuldner nicht personengleich sind oder wenn der Eigentümer nicht endverpflichtet ist.

bb) Sonstige Folgen der Verwertung.

Als Folge der Verwertung kann der Anspruch auf Rückgewähr des Teils der Grundschild, der zur Befriedigung wegen der gesicherten Forderung nicht erforderlich war und nicht verwertet wurde, entstehen. Denn durch die Tilgung der gesicherten Forderung mit dem Erlös aus der Verwertung der Grundschild ist der Sicherungszweck weggefallen. Da der Rückgewähranspruch dem Sicherungsvertragsschuldner zusteht, wird auf diese Frage im Zusammenhang mit dem

1) vgl. S. 56

2) vgl. S. 53/54

Problem, welche Ansprüche der Sicherungsvertragsschuldner besitzt, eingegangen.¹⁾

e) Sonderfragen

Im Folgenden sollen weitere Fragen, die im Zusammenhang mit der Verwertung der Grundschild stehen, behandelt werden.

- aa) Einfluß der Geltendmachung und der Abtretung der gesicherten Forderung auf die fiduziarische Zweckbindung der Grundschild.

Macht der Forderungsgläubiger die Forderung geltend, kann der Forderungsschuldner aufgrund des Sicherungsvertrages Zug um Zug gegen Zahlung des Forderungsbetrages die Rückgewähr der Grundschild verlangen, wenn der Forderungsgläubiger am Sicherungsvertrag als Partei teilgenommen hat, § 273 BGB.²⁾ Denn nur dann hat der Forderungsschuldner gegen den Forderungsgläubiger einen Gegenanspruch im Sinne des § 273 BGB. Ist der Forderungsgläubiger nicht Partei des Sicherungsvertrages, können die Sicherungsvertragsparteien nicht wirksam vereinbaren, daß eine Einrede gegen die Forderung entstehe. Es wäre insoweit eine unwirksame Verfügung von Nichtberechtigten, nämlich der Sicherungsvertragsparteien, über die Forderung des am Sicherungsvertrag nicht teilnehmenden Forderungsgläubigers. Wohl kann, wenn Sicherungsvertragsschuldner und Forderungsschuldner nicht personengleich sind, diesem aufgrund der Vereinbarungen im Sicherungsvertrag ein Einrederecht zugewendet werden (§ 328 BGB).

Die gesicherte Forderung kann abgetreten werden, ohne daß diese Abtretung auf die Verwertung der Grundschild Einfluß hätte.³⁾ In der Abtretung der Forderung liegt keine Verwertung der Grundschild. Der Sicherungsvertragsgläubiger ist aufgrund des Sicherungsvertrages weiterhin verpflichtet, die Grundschild fiduziarisch zu verwalten und kann sie erst geltend machen, wenn die gesicherte Forderung fällig ist.⁴⁾

Bei der Abtretung der Forderung gelten die §§ 404 ff. BGB. Dem neuen Forderungsgläubiger kann die Einrede aus dem Sicherungs-

1) S. 118 ff.

2) WESTERMANN SachenR §§ 116 III 1 b in Verbindung mit § 116 III 2 vor a und 3 a

3) vgl. WESTERMANN SachenR § 116 III 3 a

4) vgl. S. 70

vertrag, die Forderung könne nur gegen Rückgewähr der Grundschild geltend gemacht werden,¹⁾ gemäß § 404 BGB nur entgegengehalten werden, wenn der alte Forderungsgläubiger Partei der Sicherungsabrede war.

Die direkte Anwendung des § 401 BGB, nach dem mit der abgetretenen Forderung Hypotheken und Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger übergehen, ist im Grundschildrecht nicht möglich.²⁾ Denn die Grundschilden bleiben auch dann selbständige Rechte, wenn sie zur Sicherung einer Forderung bestellt sind und gehen nicht kraft Gesetzes auf den neuen Gläubiger über.²⁾ Fraglich ist aber, ob in entsprechender Anwendung des § 401 BGB durch die Abtretung der Forderung eine Verpflichtung des abtretenden Gläubigers gegenüber dem neuen Gläubiger der Forderung entsteht, auch die Grundschild zu übertragen. Die Frage des Entstehens dieser Verpflichtung ist für die fiduziarische Zweckbindung wichtig. Bejaht man diese Verpflichtung, dann hat der neue Forderungsgläubiger das Recht, die Übertragung der Grundschild zu verlangen. Er kann dann in die Stellung des Grundschildgläubigers schon vor Fälligkeit der gesicherten Forderung kommen und kann dadurch in die Lage versetzt werden, vor Fälligkeit der gesicherten Forderung und damit unbefugt³⁾ die Grundschild zu verwerten. Würde er die Grundschild an einen gutgläubigen Erwerber abtreten oder verpfänden, dann würde die fiduziarische Zweckbindung aufgehoben, vgl. §§ 1157, 892 BGB.⁴⁾

Die Frage, ob eine Verpflichtung entsprechend § 401 BGB entsteht, ist bei den nicht-akzessorischen Rechten, wie Grundschild, Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung einer Forderung, streitig. Auf dieses Problem bezüglich der Grundschild gehen ein: HERZFELD, SIBER, WERNER, KOBER, QUENTIN, KOMANNS und SCHOLZ.⁵⁾

1) WESTERMANN SachenR § 116 III 3 a

2) RGZ 135, 272 (274); RGR-Komm. § 401 Anm. 2; PALANDT-DANCKELMANN § 401 Anm. 1 a; PLANCK-SIBER § 401 Anm. 1 a, b; STAUDINGER-WERNER § 401 Anm. II 2 b; STAUDINGER-KOBER § 1191 Anm. 3 c delta; KOMANNS Sicherungsgrundschild S. 37; RIPPEN DFG 1938, 186.

3) vgl. S. 70

4) S. 73

5) HERZFELD JR 1958, 453 (454); PLANCK-SIBER § 401 Anm. 1 b; STAUDINGER-KOBER § 1191 Anm. 3 c delta; STAUDINGER-WERNER § 401 Anm. II 2 b; QUENTIN Diss. S. 29; KOMANNS S. 37; SCHOLZ S. 128 (Anm. 130)

HERZFELD und SIBER lassen das Entstehen einer solchen Verpflichtung nur in geringem Umfang zu. HERZFELD ¹⁾ meint, im Falle der fiducia bestehe ein besonderes Vertrauensverhältnis des Inhalts, daß der Fiduziar zum Nachteil des Fiduzianten von der ihm eingeräumten dinglichen Rechtsposition keinen unzulässigen Gebrauch mache. Dieser Fall sei keineswegs in Parallele zu stellen mit derjenigen Rechtslage, die sich ergebe, wenn jemand zur Sicherung der Forderung eine Hypothek oder ein Pfandrecht bestellt oder eine Bürgschaft geleistet habe. Hier komme ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer gar nicht in Frage und deshalb sei hier der Wechsel des Gläubigers höchstens insofern von Bedeutung, als der eine Gläubiger vielleicht schärfer und schneidiger vorzugehen geneigt sei als der andere. Das Interesse des Sicherungsgebers sei hier gar kein anderes als dasjenige des Schuldners selbst. Auch der Schuldner könne ein gewisses Interesse daran haben, daß eine Zession unterbleibe - aus der Persönlichkeit des Gläubigers heraus. Es liege aber auf der Hand, daß der Fall gänzlich anders liege, in welchem der Schuldner seinem Gläubiger kraft besonderen Vertrauens eine Rechtsstellung einräume, kraft deren der Gläubiger in der Lage sei, jederzeit zum Nachteil des Schuldners dingliche Dispositionen zu treffen, durch die dem Schuldner ein schwerer Schaden erwachsen könne. Hier sei es von vornherein keineswegs sicher, daß das Vertrauen, das der Schuldner dem Gläubiger A entgegenbringe, auch dem Gläubiger B entgegengebracht werde. Das Bestehen einer gesetzlichen Verpflichtung zur Übertragung nicht-akzessorischer Sicherheiten müsse hiernach verneint werden. Ob ein vertraglicher Anspruch des neuen Gläubigers der Forderung gegen den abtretenden Gläubiger gegeben sei, sei eine Auslegungsfrage. Eine allgemein gültige Antwort auf diese Zweifelsfrage werde sich kaum geben lassen. Es komme vielmehr auf die Lage des Einzelfalles an.

SIBER ²⁾ meint, ob der neue Gläubiger die Mitübertragung des fiduziarischen Rechts zu fordern habe, bestimme sich nach dem der Abtretung oder dem Forderungsübergang kraft Gesetzes zugrunde liegende Kausalverhältnis.

1) HERZFELD JR 1958, 453 (454 l.)

2) PLANCK-SIBER § 401 Anm. 1 b, a.E.

WERNER ¹⁾ hingegen entnimmt aus dem Grundgedanken des § 401 BGB, daß der neue Gläubiger der Forderung einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung der zur Sicherung der abgetretenen Forderung bestellten Grundschuld habe. KOBER ²⁾ folgt dieser Auffassung und meint, ob der abtretende Gläubiger verpflichtet sei, auch die Grundschuld mitzuübertragen, richte sich jeweils nach dem der Abtretung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Grundsätzlich werde eine solche Verpflichtung anzunehmen sein im Wege einer entsprechenden Anwendung des § 401 BGB. Für das Entstehen dieser Verpflichtung sind weiter QUENTIN, SCHOLZ, KOWALSKI und KOMANNS.³⁾ Darüber hinaus führt KOMANNS noch aus: Die Verpflichtung ent falle nach Treu und Glauben nur dann, wenn der Wert der Grundschuld den Betrag der gesicherten Forderung so weit übersteige, daß der Sicherungsnehmer ohnehin dem Sicherungsgeber zur sofortigen, bedingungslosen Rückgewähr der Grundschuld verpflichtet sei. Den Parteien sei es unbenommen zu vereinbaren, daß der Sicherungsnehmer die Grundschuld nicht abtreten, sondern fortan treuhänderisch für den neuen Gläubiger behalten und verwalten solle. Liege aber gelegentlich der Fall so, daß eine Abtretung der Grundschuld an den neuen Gläubiger der Forderung nicht in Frage komme, sei es, daß die Parteien des Zessionsvertrages die Abtretung der Grundschuld nicht wollen, sei es, daß sie sie nicht abtreten können, weil die Übertragbarkeit der Grundschuld nach den §§ 399, 413 BGB ausgeschlossen sei, so sei die gesicherte Forderung wegen ihrer Zession aus dem Sicherungsverhältnis herausgefallen. Der Sicherungsnehmer habe dann mangels einer gesicherten Forderung keine Möglichkeit mehr, die Grundschuld zu verwerten, so daß der Fall ebenso zu behandeln sei wie der des Erlöschens der gesicherten Forderung. Der Sicherungsgeber habe also einen gleichen Rückgewähranspruch, wie er für den Fall des Nichtbestehens der gesicherten Forderung bestehe.

Die Frage des Entstehens dieser Verpflichtung ist bei der Sicherungsübereignung und der Sicherungsabtretung von Forderungen ebenfalls streitig. Das REICHSGERICHT ⁴⁾ hat das Entstehen der Verpflichtung angenommen und ausgeführt, diese Rechtsübertragungen ständen wirtschaftlich der Pfandrechtsbestellung gleich und

1) STAUDINGER-WERNER § 401 Anm. II 2 b

2) STAUDINGER-KOBER § 1191 Anm. 3 c delta

3) QUENTIN Diss. S. 29; SCHOLZ S. 128 (Anm. 130); KOWALSKI S. 31/32; ders. JW 1934, 1837 (1838); KOMANNS Sicherungsgrundschuld S. 37

4) RGZ 91, 277 (279/280)

wiesen auch in rechtlicher Beziehung dem Pfandrecht verwandte Züge auf. Das abgetretene Recht scheide nicht endgültig aus dem Vermögen des Abtretenden (Fiduzianten) aus, es solle vielmehr ebenso wie das Pfandrecht dem Gläubiger (Treuhänder, Fiduziar) nur zur Sicherung seiner Forderungen dienen. Nur solange dieser Zweck es nötig mache, dürfe der Gläubiger das abgetretene Recht behalten. Als selbständige Rechte gingen sie bei Übertragung der Forderung, zu deren Sicherung sie dienten, zwar nicht von selbst auf den neuen Gläubiger über. Jedoch werde der abtretende Gläubiger regelmäßig schuldrechtlich zur Übertragung dieser Rechte auf den neuen Gläubiger verpflichtet sein. Der Wechsel des Gläubigers und damit des Treuhänders möge unter Umständen dem anderen Teil zum Nachteil gereichen. Aber diesen Nachteil müsse er als eine Folge des Umstandes, daß er sein Recht sicherungshalber abgetreten habe, ebenso auf sich nehmen, wie sich den Wechsel des Gläubigers nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes derjenige gefallen lassen müsse, der zur Sicherung der Forderung eine Hypothek oder ein Pfandrecht bestellt oder eine Bürgschaft geleistet habe. Der Ansicht des RG folgen der RGR-Kommentar und DANCKELMANN.¹⁾ Der RGR-Kommentar macht noch die Einschränkung, der abtretende Gläubiger werde dann nicht zur Übertragung verpflichtet sein, wenn nach dem Innenverhältnis des abtretenden Gläubigers zum Sicherungsgeber (=Sicherungsvertragsschuldner) die Weiterübertragung des Sicherungsrechtes als ausgeschlossen anzusehen sei. Gegen das Entstehen der Verpflichtung zur Übertragung des Sicherungsrechtes wenden sich LARENZ und LEHMANN.²⁾ Sie weisen demgegenüber darauf hin: Der Sicherungsgeber habe seine Sache dem Zedenten "zu treuen Händen" anvertraut. Der Übergang des Eigentums auf den Zessionar vertrage sich mit diesem Treuverhältnis nicht. Der Zedent sei als Fiduziar zur Weiterabtretung dieser Rechte nicht einmal berechtigt, da das fiduziarische Geschäft auf dem Vertrauen zum Fiduziar beruhe. Es wäre für den Fiduzianten höchst gefährlich, wenn das Recht auf einen vielleicht wenig Sicherheit bietenden Zessionar der Forderung übertragen werden dürfte. Das REICHSGERICHT³⁾ hat in einer früheren Entscheidung eine ähnliche Meinung vertreten und

1) RGR-Komm. § 401 Anm. 5; PALANDT-DANCKELMANN § 401 Anm. 1 c

2) LARENZ SchuldR Bd. I § 30 I S. 296 Fußnote 1;
ENNECCERUS-LEHMANN SchuldR § 79 III 1 f

3) RGZ 89, 193 (195)

die Zulässigkeit der Übertragung nur aus einer zu vermutenden stillschweigenden Einwilligung des Fiduzianten gefolgert. LARENZ meint außer, ^{dem} der Zedent sei zur Übertragung des Sicherungseigentums an den Zessionar dem Sicherungsgeber gegenüber nur berechtigt, wenn der Zessionar in die aus dem Sicherungszweck sich ergebenden Verpflichtungen eintrete. Dazu bedürfe es der Zustimmung des Sicherungsgebers.

Die Verpflichtung, auch die Grundschild mitzuübertragen, kann den abtretenden Forderungsgläubiger nur treffen, wenn er zugleich auch die Verfügungsgewalt über die Grundschild besitzt. Das braucht nicht in jedem Fall gegeben zu sein. Es ist auch denkbar, daß der Sicherungsvertragsgläubiger nach den Vereinbarungen des Sicherungsvertrages nur den Erlös aus der Verwertung der Grundschild an den Forderungsgläubiger herausgeben, daß aber der Forderungsgläubiger keinen Einfluß auf die Grundschild besitzen soll. Bedenken gegen die Annahme der Verpflichtung, auch die Grundschild zu übertragen, ergeben sich aus dem fiduziarischen Sicherungsverhältnis zwischen Sicherungsvertragsgläubiger und Sicherungsvertragsschuldner. Durch die Abtretung der Grundschild darf die fiduziarische Zweckbindung nicht aufgehoben werden. Andernfalls ist in einer solchen Abtretung eine Verwertung der Grundschild zu erblicken.¹⁾

Diese Bedenken erweisen sich jedoch nicht als so schwerwiegend, daß sie die Annahme der Verpflichtung, auch die Grundschild zu übertragen, ausschließen. Denn durch die Abtretung der Grundschild entsprechend § 401 BGB soll keine Verwertung vorgenommen werden. Andererseits kann die wirtschaftliche Ähnlichkeit der sicherungsweise bestellten Grundschild als nicht-akzessorisches Recht mit dem Pfandrecht nicht übersehen werden. Insoweit bestehen auch gewichtige Gründe für die Meinung des RG, die es zur Entstehung der Übertragungspflicht bei der Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung von Forderungen vertreten hat.²⁾ Wägt man alle Meinungen gegeneinander ab, dann scheint folgendes richtig zu sein: Aus dem fiduziarischen Sicherungsverhältnis ergibt sich nicht zwingend ein Ausschluß des Entstehens der Verpflichtung. Nach dem Sicherungsvertrag sollen der Sicherungsvertragsschuldner und der Eigentümer nur die Gewißheit haben, daß die Grundschild bei dem neuen Gläu-

1) vgl. S. 70

2) vgl. S. 106 f.

biger nur im Rahmen des fiduziarischen Sicherungsvertrages verwertet wird und daß die fiduziarische Zweckbindung nur in diesem Umfang aufgehoben wird.¹⁾ Die fiduziarische Zweckbindung würde vollkommen beseitigt, wenn die Grundschild an einen gutgläubigen Erwerber abgetreten würde, vgl. §§ 1157, 892 BGB. Der Schutz vor diesen Gefahren macht den Abschluß der Abtretung der Grundschild nicht zwingend erforderlich. Der Sicherungsvertragsschuldner und der Eigentümer können gegen diese Gefahr gesichert werden, wenn eine Einrede gegen die Grundschild eingetragen wird mit dem Inhalt, die Grundschild dürfe nur im Rahmen des fiduziarischen Sicherungsvertrages geltend gemacht und verwertet werden. Wenn der abtretende Forderungsgläubiger nur mit dieser Maßgabe zur Abtretung verpflichtet ist, ergeben sich aus dem Sicherungsvertrag keine Bedenken.

Da Grundschild und gesicherte Forderung wirtschaftlich eine Einheit bilden und da die Regelung des § 401 BGB versucht, die wirtschaftliche Einheit zwischen gesicherter Forderung und dinglicher Sicherheit aufrecht zu erhalten, entspricht es der zwischen dem abtretenden Forderungsgläubiger und dem neuen Forderungsgläubiger bestehenden Interessenlage, eine Verpflichtung zur Übertragung der Grundschild anzunehmen.

Bei Abtretung der Forderung ist also, wenn der Forderungsgläubiger eine Verfügungsgewalt über die Grundschild besitzt, im Zweifel die Verpflichtung entsprechend § 401 BGB anzunehmen, die Grundschild nach Eintragung der Einrede, die Grundschild dürfe nur im Rahmen des fiduziarischen Sicherungsvertrages geltend gemacht und verwertet werden, an den neuen Gläubiger der Forderung zu übertragen.

- bb) Einfluß der getrennten Abtretung von Grundschild und gesicherter Forderung auf die fiduziarische Zweckbindung der Grundschild.

Schon oben²⁾ wurde darauf hingewiesen, daß die Abtretung der Grundschild vor Fälligkeit der gesicherten Forderung eine Verwertung darstellt. Dürfte die Grundschild noch nicht verwertet werden,³⁾ dann liegt eine unzulässige Verwertung vor, die Schadens-

1) vgl. S. 92

2) S. 70

3) Über die Voraussetzungen der Verwertung siehe S. 68

ersatzansprüche auslösen kann.¹⁾ Die Abtretung der Grundsuld ist also nur dann zulässig, wenn die Grundsuld verwertet werden darf.

Andererseits kann die gesicherte Forderung abgetreten werden, ohne daß diese Abtretung auf die Verwertung der Grundsuld und auf die fiduziarische Zweckbindung Einfluß hätte.²⁾

4) Anspruch des Sicherungsvertragsgläubigers auf Schadensersatz.

Hält der Sicherungsvertragsschuldner die Pflichten, die ihm gegenüber dem Sicherungsvertragsgläubiger obliegen, schuldhaft nicht ein, so kann der Sicherungsvertragsgläubiger Schadensersatz verlangen. Soweit der Sicherungsvertragsschuldner seiner Pflicht zur Bestellung bzw. Übertragung der Grundsuld nicht nachkommt, verletzt er eine Pflicht des fiduziarischen Sicherungsvertrages. Ob der Sicherungsvertragsgläubiger die Schadensersatzansprüche nach den §§ 325 f. BGB erheben kann, hängt davon ab, ob der Sicherungsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist. Die Frage, ob dieser Vertrag ein gegenseitiger oder ein unvollkommener zweiseitig verpflichtender Vertrag ist, ist umstritten.

FELGENTRAEGER, WEISBECKER, KOWALSKI, KÜCHLER und BAUR³⁾ nehmen einen gegenseitigen Vertrag an. FELGENTRAEGER begründet seine Meinung wie folgt: Der Sicherungsvertrag (pactum de pignore dando) sei ein gegenseitiger Vertrag. Denn in diesem Vertrag verpflichtete sich der Gläubiger, ein Darlehn zu gewähren und die Sicherheit zurückzuübertragen, wenn das Darlehn getilgt werde, während der Eigentümer sich verpflichtete, eine Grundsuld dem Gläubiger zu bestellen. KLAUSING⁴⁾ vertritt zum Wechselrecht die gleiche Meinung und sieht den der fiduziarischen Wechselhingabe zugrunde liegenden Sicherungsvertrag als gegenseitigen Vertrag an.

Das REICHSGERICHT hat zu der Frage des Wesens des Sicherungsvertrages, welcher der fiduziarisch bestellten Grundsuld zugrunde liegt, keine Stellung genommen. Es hat aber in dem inter-

1) S. 116

2) S. 103

3) FELGENTRAEGER Festschrift für Julius von GIERKE S. 147; WEISBECKER S. 28/29; KOWALSKI S. 28; BAUR SachenR § 45 II 2 (S. 374); KÜCHLER S. 25, 27

4) KLAUSING Zahlung durch Wechsel und Scheck S. 228 - 242

essenmäßig gleich liegenden Fall der fiduziarischen Abtretung einer Forderung bzw. einer hypothekarisch gesicherten Forderung angenommen,¹⁾ dieser Abtretung liege ein Auftrag zugrunde (§ 662 BGB). Es hat ausgeführt, einen typischen Treuhändervertrag gebe es nicht; das Rechtsverhältnis müsse vielmehr nach den jeweiligen Umständen bestimmt werden. Die Abtretung zur Sicherheit enthalte einen Auftrag und begründe ein Treuverhältnis zwischen Zedenten und Zessionar, das den letzteren nach den Grundsätzen von Treu und Glauben in Verbindung mit den §§ 662 ff. BGB verpflichte, neben seinen eigenen Interessen auch die des Zedenten wahrzunehmen. Die Befriedigung des Gläubigers, führt das RG weiter aus,²⁾ bilde die Vorleistung für die Rückgabe der Pfandsachen und Sicherungsgegenstände; es sei der Zweck der Pfand- und Sicherungsverträge, dem Gläubiger die Befriedigung wegen seiner Forderung in der Weise zu gewährleisten, daß er die Gegenstände bis zu seiner Befriedigung in der Hand behalte und im Falle der Nichtbefriedigung oder nicht vollständigen Befriedigung darüber verfüge. Die Befriedigung müsse deshalb der Rückgabe der Sicherheit vorausgehen. Die Bestimmung des § 320 BGB finde keine Anwendung, da das grundsätzlich einseitige Darlehnsgeschäft und die Bestellung einer Sicherheit für den Darlehnsgeber nicht im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stehe.³⁾ Der Meinung des RG, daß der Sicherungsvertrag einen Auftrag darstelle, folgen JANBERG, KOBER, STRECKER, GRAMM und DANCKELMANN.⁴⁾ Der BUNDESGERICHTSHOF⁵⁾ hat zu dieser Frage noch keine Stellung genommen.

RÄBEL⁶⁾ hat zur Frage, ob der Sicherungsvertrag ein gegenseitiger oder ein unvollkommen zweiseitig verpflichtender Vertrag ist, keine Stellung genommen. Er hat nur ausgeführt, daß der Sicherungsvertrag ein atypischer Vertrag (§ 305 BGB) sei. Der Vertragsschluß erfolge teilweise zusammen mit dem Krediteinräumungs-

1) RGZ 59, 190 (191/192); 76, 345 (347); 116, 330 (331) = JW 1927, 2295; RGZ 127, 341 (345); RG Warn 1913 Nr. 136; 1914 Nr. 7; RG HRR 1929 Nr. 495

2) RG Warn 1914 Nr. 7 (S. 10/11)

3) so auch RG Warn 1912 Nr. 207; RG JW 1909, 309 (310); JW 1937, 2765

4) JANBERG Bank-Archiv XXXVI 515; STAUDINGER-KOBER § 1192 Anm. 3; PLANCK-STRECKER § 1154 Anm. 2 h; PALANDT-GRAMM § 662 Anm. 6 a; PALANDT-DANCKELMANN § 398 Anm. 6 b

5) vgl. BGHZ 32, 67 (70) = NJW 1960, 958 (959 links)

6) RÄBEL NJW 1953, 1247 zu II

vertrag, teilweise vor Bestellung der Grundschild und teilweise zusammen mit dieser.

Der Sicherungsvertrag ist ein unvollkommen zweiseitig verpflichtender Vertrag eigener Art. Bei dieser Vertragsart entsteht die Verpflichtung des einen Vertragsteils notwendig und gibt dem Vertrag das Gepräge. Eine Verpflichtung des anderen Teils erwächst nur unter gewissen Umständen. Unabhängig von dem Entstehen dieser Verpflichtungen entsteht für beide Vertragsparteien eine beiderseitige Treuepflicht.¹⁾ Trotz des beiderseitigen Teilverhältnisses ist der Sicherungsvertrag kein gegenseitiger Vertrag. Beim gegenseitigen Vertrag stehen die beiderseits notwendig erwachsenden Verpflichtungen in einem Abhängigkeitsverhältnis voneinander. Jeder Vertragspartner verspricht seine Leistung um der anderen willen ("für" die andere; do ut des).²⁾ Beim Sicherungsvertrag stehen die für den Sicherungsvertragsgläubiger und den Sicherungsvertragsschuldner erwachsenden Verpflichtungen nicht in dem für die Annahme eines gegenseitigen Vertrages geforderten Abhängigkeitsverhältnis. Denn jede Vertragspartei verspricht beim Sicherungsvertrag ihre Leistung nicht um der anderen Leistung willen. Aus der Verpflichtung des Sicherungsvertragsschuldners auf fiduziarische Hingabe der Grundschild ergeben sich die anderen Pflichten des Sicherungsvertragsschuldners und Sicherungsvertragsgläubigers zwangsläufig, ohne daß jedoch der Verpflichtung des Sicherungsvertragsschuldners auf Hingabe der Grundschild eine entsprechende Gegenverpflichtung des Sicherungsvertragsgläubigers gegenüberstehen würde.

FELGENTRAEGER, WEISBECKER, KOWALSKI, KÜCHLER und BAUR, die den Sicherungsvertrag als gegenseitigen Vertrag ansehen, ziehen in die Begriffsbestimmungen des Sicherungsvertrages (der Sicherungsabrede) zugleich die weitere Abrede, ein Darlehn zu gewähren - die in Kreditverträgen manchmal gleichzeitig mit dem Sicherungsvertrag abgeschlossen wird³⁾ - mit hinein. Natürlich kann der Sicherungsvertrag als Teil in einem gegenseitigen Vertrag enthalten sein. Doch

1) PALANDT-DANCKELMANN Einf. vor § 320 Anm. 1 b

2) PALANDT-DANCKELMANN Einf. vor § 320 Anm. 1 c vor aa und aa; STAUDINGER-WERNER Vorbem. vor § 320 Anm. 1; SOERGEL-SCHMIDT Vorbem. vor § 320 Anm. 6; RGZ 91,364 (365); 107,124 (127); 147, 340 (342)

3) vgl. RÄBEL S. 145 und vgl. Formular "Kredit-Vertrag" der SPARKASSEN, abgedruckt S. 157 f.

ist der Sicherungsvertrag (Sicherungsabrede) allein kein gegenseitiger Vertrag. Auch wenn man die Verpflichtung, ein Darlehn zu gewähren, zu den Verpflichtungen des Sicherungsvertrages hinzunimmt, selbst dann ist die Verpflichtung, die Grundsuld zur Sicherheit zu bestellen, nicht um der anderen Leistung willen ("für" die andere) versprochen. In der Bestellung der Grundsuld soll nicht die Gegenleistung für die DarlehnsGewährung liegen, wie das RG zu Recht betont.¹⁾ Denn die Grundsuld soll in erster Linie nur die Darlehnsforderung sichern und erst dann, wenn sie nach ihrer Fälligkeit nicht erfüllt wird, durch Verwertung mit dem Erlös die gesicherte Darlehnsforderung tilgen.¹⁾ Die Gegenleistung für die DarlehnsGewährung liegt in dem Versprechen der Zinsleistung.²⁾ Die Rückzahlung des Darlehns ist nur eine vertragliche Abwicklungspflicht.³⁾ Ist nur die Hingabe eines zinslosen Darlehns versprochen, dann stellt der Sicherungsvertrag auch zusammen mit dieser Verpflichtung keinen gegenseitigen Vertrag dar.

Wenn somit der Sicherungsvertrag ein unvollkommen zweiseitig verpflichtender Vertrag ist, so ist er doch kein Auftrag. Zwar gehört der Auftrag auch zur Gruppe der unvollkommen zweiseitig verpflichtenden Verträge. Doch ist die Interessenlage im Auftragsrecht eine andere als beim Sicherungsvertrag. Würde man einen Auftrag annehmen, dann wäre der Sicherungsvertragsgläubiger als Beauftragter verpflichtet, gemäß dem ihm mitgeteilten Wunsch und Willen des Auftraggebers, des Sicherungsvertragsschuldners, tätig zu werden.⁴⁾ Er hätte daher den Weisungen des Sicherungsvertragsschuldners als des Auftraggebers nachzukommen (vgl. § 665 BGB). Der Sicherungsvertragsschuldner als Auftraggeber wäre befugt, nicht nur den erteilten Auftrag jederzeit zurückzuziehen (§ 671 Abs. 1 BGB), sondern er könnte auch seine Weisungen ändern und neue Weisungen erteilen. Er bliebe trotz einer gewissen Selbständigkeit des Beauftragten in der Art der Durchführung derjenige, nach dem sich der Beauftragte immer zu richten hätte.⁴⁾ Beim Sicherungs-

1) vgl. S. 111, insb. RG JW 1909, 309 (310); JW 1937, 2765 sowie RGR-Komm. Vorbem. vor § 607 Anm. 4

2) vgl. STAUDINGER-WERNER Vorbem. vor § 320 Anm. 1 (S. 457/458); SOERGEL-SCHMIDT Vorbem. vor § 320 Anm. 16; RGZ 161,52 (56)

3) vgl. PALANDT-GRAMM § 607 Anm. 1 a - d und Vorbem. vor § 607 Anm. 1 a; RGR-Komm. Vorbem. vor § 607 Anm. 1

4) LARENZ SchuldR Bd. II § 52 II (S. 212/213)

vertrag führt aber der Sicherungsvertragsgläubiger "das Geschäft", die fiduziarische Verwaltung und Verwertung der Grundschild, im eigenen Interesse und hat nur insoweit, wie seine Interessen nicht berührt werden, die Interessen des Sicherungsvertragsschuldners als des Treugebers zu wahren.¹⁾ Sein Interesse auf Befriedigung aus der Grundschild wegen der gesicherten Ansprüche geht vor. Beim Auftrag hingegen ständen die Interessen des Auftraggebers, des Sicherungsvertragsschuldners, im Vordergrund. Diese Interessenbewertung beim Auftrag widerspricht also den Vereinbarungen im Sicherungsvertrag. Lediglich folgender Gesichtspunkt könnte für die Annahme eines Auftrages sprechen.

Nach der Rechtsprechung des BUNDESGERICHTSHOFS sowie des REICHSGERICHTS und nach der Meinung von LARENZ, LEHMANN, SIBER, ESSER, NIPPERDEY und GRAMM²⁾ wird unter der Besorgung eines Geschäftes für einen anderen im Sinne des § 662 BGB jede fremdnützige Tätigkeit oder Tätigkeit im Interessenbereich eines anderen verstanden. Ob daneben noch irgendwelche anderen Motive vorlägen, die die Übernahme einer Verpflichtung ohne Entgelt zweckmäßig erscheinen ließe, sei ohne Belang. Es stehe in Übereinstimmung mit dem Gesetz und den Erfahrungen des Lebens, daß jemand einen Auftrag deshalb annehme, sich also zu einer unentgeltlichen Leistung deshalb verpflichte, weil seine eigenen Interessen durch die Ausführung des Auftrages gefördert würden. Ob das eigene Interesse nur darin bestehe, sich den Auftraggeber durch die Annahme des Auftrages moralisch zu verpflichten, oder ob andere Interessen vorlägen, sei solange rechtlich belanglos, als kein Entgelt vereinbart sei und ein wirklicher Verpflichtungswille beim Beauftragten vorliege.³⁾

Doch kann auch diese Meinung die Annahme des Sicherungsvertrages als eines Auftrages nicht rechtfertigen. Denn beim Sicherungsvertrag werden nicht neben der Wahrnehmung der fremden Inter-

1) vgl. zur Interessenwahrungspflicht die Ausführungen auf S. 88
2) BGHZ 16, 265 (266); LARENZ SchuldR Bd. II § 52 I (S.208/209); ENNECCERUS-LEHMANN SchuldR § 160 I 1 - 3; PLANCK-SIBER § 662 Anm. 3 a; ESSER SchuldR § 139, 1 a; STAUDINGER-NIPPERDEY Vorbem. vor § 662 Anm. 1; PALANDT-GRAMM § 662 Anm. 3

3) so insbesondere BGHZ 16, 265 (266)

essen des Auftraggebers auch eigene Interessen mit verfolgt, sondern in erster Linie soll das eigene Interesse des Sicherungsvertragsgläubigers den Vorzug erhalten. Der Anspruch des Sicherungsvertragsgläubigers, also des "Beauftragten", auf Bestellung der Grundsuld gibt gerade dem Sicherungsvertrag das Gepräge, während die Verpflichtungen des Sicherungsvertragsgläubigers nur unter gewissen Umständen entstehen. Beim Auftrag ist es umgekehrt. Die Verpflichtung des Beauftragten zur Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes gibt dem Rechtsverhältnis das Gepräge und entsteht notwendigerweise, während die Verpflichtung des Auftraggebers nur unter gewissen Umständen entsteht. Der Sicherungsvertrag hat mit dem Auftrag, also Besorgung eines Geschäftes in fremdem Interesse, nur die fiduziarische Interessenwahrungspflicht, die Herausgabe der nicht zur Befriedigung wegen der gesicherten Forderung benötigten Grundsuld oder des entsprechenden Teiles des Verwertungserlöses gemeinsam. Mit der Interessenlage beim Auftrag stimmen der Anspruch auf Bestellung der Grundsuld und der Anspruch auf ihre Verwertung nicht überein. Da deshalb die Vorschriften des Auftragsrechtes nicht ohne weiteres angewendet werden können, mußte das RG auch seine Annahme des Auftrages abmildern. Einschränkend bemerkte nämlich das RG, die Abtretung zur Sicherheit enthalte auch ein Treuverhältnis zwischen Zedenten und Zessionar, das den letzteren nach den Grundsätzen von Treu und Glauben in Verbindung mit den §§ 662 ff. BGB verpflichte, neben seinen eigenen Interessen auch die des Zedenten wahrzunehmen. Durch diese Einschränkung ist die Annahme eines Auftrages weitgehend wieder fallen gelassen worden. Es ist deshalb dogmatisch richtiger, wenn kein Auftrag, sondern ein unvollkommen zweiseitig verpflichtender Vertrag eigener Art angenommen wird. Auf das atypische Wesen des Sicherungsvertrages hat RÄBEL zu Recht hingewiesen. LARENZ¹⁾ macht auch ausdrücklich darauf aufmerksam: Es wäre falsch, einen Vertrag um irgendwelcher äußerlicher, formaler Übereinstimmungen willen dennoch unter einen gesetzlich geregelten Vertragstypus zu pressen, wenn er weder im ganzen noch auch nur teilweise einem gesetzlichen Typus sinngemäß entspreche. Vielmehr sei in solchen Fällen anzuerkennen, daß es sich um einen sog. "atypischen", d.h. keinem gesetzlich geregelten Typus entsprechenden Vertrag handle. Die An-

1) LARENZ SchuldR Bd. II § 34 (S. 6)

nahme des Sicherungsvertrages als eines unvollkommen zweiseitig verpflichtenden Vertrages schließt nicht aus, daß man in den Fragen, in denen das Interesse des Sicherungsvertragsschuldners als Treugebers beim Sicherungsvertrag im Vordergrund steht, und in denen eine gleiche Interessenlage wie beim Auftrag vorliegt (wie Rechenschaftslegung, Herausgabe des Übererlöses, Rückgewähr der Grundsuld), zur Klärung dieser Frage die entsprechenden Vorschriften des Auftragsrechts heranzieht und sie insoweit anwendet. Die Formulierung des RG scheint im Grunde dieses Ergebnis zu meinen. Die entsprechende Anwendung des Auftragsrechts ist, da in diesen Fragen die Interessenlage beim Sicherungsvertrag und beim Auftrag gleich ist, zulässig.¹⁾

Der Sicherungsvertrag, welcher der fiduziarisch bestellten Grundsuld zugrunde liegt, ist also ein unvollkommen zweiseitig verpflichtender Vertrag eigener Art. Der Sicherungsvertragsschuldner ist wegen der Verpflichtung, die Grundsuld zu bestellen, primär verpflichtet.

Der Sicherungsvertragsgläubiger kann deshalb, wenn der Sicherungsvertragsschuldner die oben genannte Pflicht zur Hingabe der Grundsuld nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt, die Ansprüche aus den §§ 280 ff., 286 ff. BGB geltend machen. Die Rechte nach den §§ 325 ff. BGB kann er mangels eines gegenseitigen Vertrages nicht ausüben.

Verletzt der Sicherungsvertragsschuldner die sonstigen ihm vertraglich obliegenden Pflichten, dann hat der Sicherungsvertragsgläubiger einen Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung analog den §§ 280, 286, 325, 326 BGB bzw. gemäß § 242 BGB,²⁾ da der Schuldner in diesem Fall die ihm vertraglich obliegenden Nebenpflichten³⁾ des fiduziarischen Sicherungsvertrages verletzt.

Läßt der Sicherungsvertragsschuldner durch einen Dritten die ihm obliegenden Verpflichtungen erfüllen, dann bedient er sich dieses Dritten als seines Erfüllungsgehilfen. Er hat nach § 278 BGB für dessen Verschulden einzustehen.

1) LARENZ SchuldR Bd. II § 34, 3 (S. 6)

2) BGHZ 11, 80 (83); PALANDT-DANCKELMANN § 276 Anm. 7a; SOERGEL-SCHMIDT Vorbem. vor § 275 Anm. 37, 38;

3) vgl. S. 112

II. Ansprüche des Sicherungsvertragsschuldners

1) Ansprüche auf Wahrung seiner Interessen durch den Sicherungsvertragsgläubiger.

Wie schon oben¹⁾ darauf hingewiesen wurde, besitzt der Sicherungsvertragsschuldner das Recht, daß der Sicherungsvertragsgläubiger auch dessen Interessen bei der fiduziarischen Verwaltung und bei der Verwertung der Grundsuld zu wahren habe. Dieses Interessenwahrungsrecht gilt nur soweit, wie die Interessen des Sicherungsvertragsgläubigers an der Sicherung der Forderung durch die Grundsuld und an der Verwertung der Grundsuld nicht beeinträchtigt werden. Um den Interessen der Sicherungsvertragsparteien entsprechend dem vereinbarten fiduziarischen Sicherungszweck zu genügen, ist die Annahme dieser Verpflichtung erforderlich. Denn der Sicherungsvertragsgläubiger ist als Sicherungsnehmer über die Grundsuld allein Verfügungsberechtigt, während auch der Sicherungsvertragsschuldner an der fiduziarischen Verwaltung und an einer Verwertung zu einem möglichst hohen Entgelt interessiert ist.²⁾

Als Ausfluß der Interessenwahrungspflicht des Sicherungsvertragsgläubigers hat der Sicherungsvertragsschuldner das Recht, daß der Sicherungsvertragsgläubiger (bzw. der von diesem bestimmte Dritte) die Grundsuld bis zur Fälligkeit der Forderung und damit bis zum Zeitpunkt der berechtigten Verwertung der Grundsuld fiduziarisch verwaltet. Wie diese Verwaltung zu geschehen hat, ist schon oben bei den Ausführungen über die Verwertung der Grundsuld dargelegt.³⁾ Danach hat der Sicherungsvertragsgläubiger dafür zu sorgen, daß bis zur Fälligkeit der gesicherten Forderung die fiduziarische Zweckbindung aufrecht erhalten bleibt.

Nach den meisten Sicherungszweckerklärungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute ist der Anspruch auf treuhänderische Verwaltung insoweit beschränkt, als es ihnen freigestellt ist, die Grundsuld aus Zweckmäßigkeitsgründen nach ihrem Ermessen schon vor Fälligkeit der gesicherten Forderung geltend zu machen und zu verwerten.⁴⁾

1) S. 88

2) vgl. die Ausführungen S. 88 ff.

3) vgl. S. 70, 84

4) vgl. S. 44

Nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat der Sicherungsvertragsschuldner über die Erhaltung der Grundschild selbst zu wachen.¹⁾ Die Kreditinstitute haben dieses aus Gründen einer vereinfachten Verwaltung der Grundschild mit dem Sicherungsvertragsschuldner vereinbart.

- 2) Anspruch des Sicherungsvertragsschuldners auf Verwertung der Grundschild.

Eine Verwertungspflicht des Sicherungsvertragsgläubigers ist nicht anzunehmen. Sie kann gegeben sein, wenn der Sicherungsvertragsschuldner die an einem fremden Grundstück bestehende Grundschild abgetreten hat oder wenn die Grundschild eher als die gesicherte Forderung fällig ist oder wenn ein Abwarten bis zum Fälligwerden der Forderung dem Sicherungsvertragsschuldner nicht mehr zugemutet werden kann. Der Erlös aus der Verwertung der Grundschild tritt in diesem Fall an die Stelle der Grundschild und verbleibt dem Sicherungsvertragsgläubiger als fiduziarische Sicherheit. Ist der Erlös aus der Zwangsvollstreckung dieser Grundschild so groß, daß ein Teil des Erlöses für die Befriedigung des Forderungsgläubigers nicht in Betracht kommt, dann kann der Sicherungsvertragsschuldner verlangen, daß dieser Teil des Erlöses an ihn herausgegeben ist (sog. Fall der "Übersicherung").²⁾

Auch nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute besteht keine Verpflichtung zur Verwertung. Sie wird vielmehr ausdrücklich ausgeschlossen.³⁾

- 3) Anspruch des Sicherungsvertragsschuldners auf Rückgewähr der Grundschild.

Es wird heute vorwiegend angenommen, daß der Sicherungsvertragsschuldner aus dem Sicherungsvertrag die Befugnis erhält, vom Sicherungsvertragsgläubiger nach Wegfall des Sicherungszweckes (Fehlen, Fortfall oder Einredebehaftetsein⁴⁾ der gesicherten For-

1) vgl. S. 46

2) vgl. näher S. 134 f.

3) vgl. S. 45

4) Ausnahme § 225 Abs. 2 BGB

derung) die "Rückgewähr" der Grundschild zu verlangen.¹⁾ Doch hat ein Rückgewähranspruch nur Bedeutung, wenn die Grundschild nicht schon kraft Gesetzes bei Wegfall des Sicherungszweckes auf den Sicherungsvertragsschuldner bzw. den Eigentümer übergeht.

a) Notwendigkeit eines Rückgewähranspruchs.

Wegen ihrer Nicht-Akzessorietät geht die Grundschild bei Wegfall des Sicherungszweckes nicht kraft Gesetzes auf den Eigentümer über. Die Vorschrift des § 1163 Abs. 1 BGB ist in diesem Zusammenhang auf die Grundschild nicht anzuwenden. Lediglich früher war die Frage streitig, ob und gegebenenfalls wie weit die Vorschrift des § 1163 Abs. 1 BGB auf die Grundschild anzuwenden sei. KOBER und HECK meinten, die Vorschrift des § 1163 sei anzuwenden. KOBER²⁾ wollte § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB nur für den Fall des Nichtentstehens der gesicherten Forderung im Grundschildrecht gelten lassen, die Vorschrift des § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB wegen der Nicht-Akzessorietät der Grundschild hingegen nicht anwenden. Zur Begründung seiner Meinung führt er an, in § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB sei das allgemeine Rechtsprinzip enthalten, daß im Falle des Wegfalls des Gläubigerrechts das Rangrecht zugunsten des Eigentümers aufrecht zu erhalten sei. Dieses Rechtsprinzip ergebe sich auch aus anderen Vorschriften des BGB, wie z.B. aus § 889 BGB. Es sei auch unbillig, dem Gläubiger den Grundstückswert zuzuweisen, solange dieser den Gegenwert nicht erbracht habe. Wenn die Grundschild nicht valuiert werde, stehe sie also dem Eigentümer zu, gleichviel, ob sie zur Sicherung einer persönlichen Forderung bestimmt sei oder nicht. HECK³⁾ leitet aus seiner Grundeinstellung zum Grundpfandrecht⁴⁾ ab, daß § 1163 Abs. 1 BGB auf die Grundschild anzuwenden sei. Er meint, eine solche Regelung entspreche der Be-

1) BGH DNotZ 1958, 383 ff. mit Anm. von HOCHÉ = LM Nr. 14 zu § 313 BGB; BGHZ 19, 205 ff. = NJW 1956, 177 ff.; RGZ 143, 113 (116); 91, 218 (225); 95, 244 (245); OLG Hamm JMBL NRW 1957, 184; WESTERMANN SachenR § 114 II 1 b; PALANDT-HOCHÉ § 1191 Anm. 2 b aa; STAUDINGER-KOBER § 1191 Anm. 6 (S. 1412 unten); DEMPEWOLF Diss. S. 4 ff. = S. 15 f. "Rückübertragungsanspruch"; ders. NJW 1957, 1257 (1258 links) und 1958, 673; RABEL NJW 1953, 1247 (1248 links); HIEBER DNotZ 1958, 378/380; CAPELLER MDR 1953, 153 f.; KRAMER Diss. S. 35; MÜNSTERMANN Diss. S. 23

2) STAUDINGER-KOBER 10. Aufl. 1936 § 1192 Anm. 9 a

3) HECK SachenR § 100, 5 a (S. 412/413)

4) vgl. S. 98

achtung der Zweckgemeinschaft. Deshalb seien in dieser Hinsicht Hypothek und Grundschuld gleich zu behandeln. Demgegenüber meinen der BUNDESGERICHTSHOF und das REICHSGERICHT¹⁾, die Grundschuld habe einen rein dinglichen Charakter. Sie entstehe durch Einigung und Eintragung und sei von einer etwa bestehenden Forderung völlig unabhängig. Dieses schließe nicht aus, daß die Grundschuld, wie die Hypothek, in der Regel zur Sicherung einer Forderung bestellt werde. Aber auch in diesem Fall bleibe sie selbständig und werde von dem Bestehen der zu sichernden Forderung nicht berührt. Die Unabhängigkeit der Grundschuld von der zu sichernden Forderung habe zur Folge, daß die Grundschuld dem Grundschuldgläubiger auch dann zustehe, wenn die zu sichernde Forderung nicht bestehe. Daher finde die Vorschrift des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB bei Grundschulden keine Anwendung. Der Grundstückseigentümer könne, da die Bestellung der Grundschuld ohne rechtlichen Grund erfolgt sei, nur wegen des Schuldverhältnisses, das der Grundschuldbestellung zugrunde liege, oder gemäß § 812 BGB die Übertragung der an sich rechtsbeständigen Grundschuld auf sich verlangen.²⁾ Die Ansicht, die in der Literatur zu diesem Problem vertreten wird,³⁾ stimmt mit der Rechtsprechung des RG und des BGH überein. Aus den gleichen Gründen, aus denen die Anwendung des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB abgelehnt wird, wird auch die Anwendung des § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB verneint.⁴⁾

Die letzte Meinung ist vorzuziehen, da nur sie den Grundsatz der Nicht-Akzessorietät der Grundschuld berücksichtigt und voll durchführt. Die Interessen des Eigentümers werden ausreichend gewahrt. Wird die Grundschuld entgegen den Vereinbarungen nicht valuiert, dann besitzt der Eigentümer aufgrund des Sicherungsvertrages und gemäß § 812 BGB einen Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld und eine Einrede gegen die Grundschuld. Diese Einrede kann er nach § 1157 BGB auch gegenüber einem Erwerber der Grundschuld geltend machen. Zum Zwecke der Aufrechterhaltung des Rangrechtes

1) BGH JZ 1957, 623 (624); RGZ 78, 60 (66); 145, 155 (157)

2) so ausdrücklich: BGH JZ 1957, 623 (624)

3) WESTERMANN SachenR § 116 II 1 a; PALANDT-HOCHE § 1191 Anm. 2; § 1192 Anm. 1; RGR-Komm. § 1191 Anm. 1 a; § 1192 Anm. 1; WOLFF-RAISER SachenR § 132 I 2

4) PALANDT-HOCHE § 1191 Anm. 2 b aa; § 1192 Anm. 1; STAUDINGER-KOBER § 1192 Anm. 9 b

braucht § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht angewendet zu werden. Denn die Grundschild entsteht wegen ihrer Unabhängigkeit von der gesicherten Forderung auch dann, wenn der Sicherungszweck nicht vorliegt. Die nachstehend Berechtigten können nicht vorrücken. Schon aus diesen Gründen ist KOBERS Meinung nicht stichhaltig. Weiter ist bedenklich, wenn KOBES aus Billigkeitserwägungen den Grundsatz der Nicht-Akzessorietät der Grundschild für den Fall des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB durchbrechen will. In der Literatur ist schon die allgemeine Frage streitig, ob eine Zuordnungsänderung aus Billigkeitsgründen überhaupt möglich ist. WESTERMANN¹⁾ verneint es, den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) anzuwenden, wenn hiermit die sachenrechtliche Zuordnung geändert werden soll. Zur Begründung führt er an, § 242 BGB sei eine typische Ausgleichsnorm für Beziehungsverhältnisse; die Abwägung von Interessenwahrung und -durchsetzung des Berechtigten und Opfer des Verpflichteten seien auf das Schuldrecht beschränkt. Die Zuordnung dagegen grenze nicht Rechte und Pflichten zwischen zwei Beteiligten ab, sondern ordne die Güter absolut einem Rechtsträger zu; hier drehe es sich nicht um einen Interessenausgleich, sondern um Schaffung eindeutiger Zuständigkeiten. Das Ergebnis sei aus der unterschiedlichen Natur der sachenrechtlichen Beziehungs- und Zuständigkeitsverhältnisse abgeleitet, entspreche aber auch ausgesprochenen Rechtssicherheits- und Billigkeitserfordernissen. WESTERMANN sieht es dennoch als billig an, wenn die gesetzlich geschaffene Zuordnung nicht geändert wird. Nach seiner Ansicht könnten also die von KOBES angeführten Billigkeitsgründe es nicht rechtfertigen, die Vorschrift des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Grundschild anzuwenden. SIEBERT²⁾ will zwar die Zuordnungsänderung aus Billigkeitserwägungen nicht generell ausschließen. Doch weist auch er darauf hin, daß das Sachenrecht als Recht der Zuordnung insgesamt strenger gestaltet sein müsse als das Schuldrecht. Darauf, wie dieser Streit zu entscheiden ist, braucht in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen zu werden. Denn selbst SIEBERTS Meinung rechtfertigt es, die Anwendung des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB abzulehnen. Da die Interessen des Eigentümers genügend geschützt werden, wenn er nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Rückgewähr besitzt, und da an die Voraussetzungen, unter denen nach Billigkeitser-

1) WESTERMANN SachenR § 2 III 4

2) vgl. SOERGEL-SIEBERT § 242 Anm. 39

wägung die Zuordnung geändert werden kann, auch nach SIEBERTS Meinung ein strenger Maßstab anzulegen ist, ist kein Grund ersichtlich, der die Zuordnungsänderung rechtfertigen könnte. Die Meinung KOBERS ist deshalb abzulehnen. Im Falle des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB verbleibt also die Grundsuld dem Grundsuldgläubiger, auch wenn die gesicherte Forderung nicht entstanden ist. Der Meinung HECKS über die Anwendung des § 1163 Abs. 1 BGB kann nicht beigetreten werden. Die Gründe, die es rechtfertigen, HECKS Meinung abzulehnen, sind dieselben, die schon oben bei der Zurückweisung der Zweckgemeinschaft dargelegt wurden.¹⁾ Aus der Gleichheit des Leistungsinteresses zwischen dem dinglichen Sicherungsrecht und der gesicherten Forderung bei den akzessorischen Rechten (wie Hypothek) und bei den nicht-akzessorischen Rechten (wie Grundsuld) kann man nicht auf eine gleiche rechtliche Behandlung schließen.

Bei der Grundsuld erfolgt deshalb bei Wegfall des Leistungsinteresses kein Rechtsübergang kraft Gesetzes auf den Eigentümer.

Ein Rechtsübergang könnte nur dann erfolgen, wenn die Bestellung der Grundsuld unter der (auflösenden) Bedingung des Wegfalls des Sicherungszweckes vereinbart wäre, § 158 BGB. Bei Eintritt der Bedingung würde die Grundsuld auf den Eigentümer übergehen. Doch ist nach der Interessenlage bei der fiduziarisch bestellten Grundsuld nicht anzunehmen, daß die Bestellung einer bedingten Grundsuld vereinbart ist.²⁾

Es müssen deshalb schuldrechtliche Ansprüche gegeben sein, um den Übergang der Grundsuld herbeizuführen. Solche schuldrechtlichen Rückgewähransprüche ergeben sich aus dem Sicherungsvertrag und aus § 812 BGB.³⁾

1) S. 100 ff.

2) RGZ 85, 89 (92); 99, 142 (143); 143, 113 (116); SCHNEIDER JW 1938, 1630 zu I. Die gleiche Meinung vertreten hinsichtlich der interessenmäßig gleichliegenden fiduziarischen Sicherungsübertragung: ENNECCERUS-NIPPERDEY § 200 Fußnote 3; WEINHAUSEN S.92; LEHMANN Allg. Teil § 34 II 2 b. A.M. RAISER, siehe WOLFF-RAISER SachenR § 180 II 2 und § 179 Fußnote 16, und HECK SachenR § 107,4 (S. 433). Sie nehmen bei Sicherungsübereignungen an, die Einigung über den Eigentumsübergang sei im Zweifel auflösend bedingt.

3) vgl. WESTERMANN SachenR 114 II 1 b; WESTERMANN bei ERMANN § 1192 Anm. 10 a.E.; BGHZ 19, 205 = NJW 1956, 177 f.; BGH JZ 1957, 623 (624) = LM § 1163 Nr. 2; SOERGEL-BAUR § 1191 Anm. 3, 5

b) Ausschluß des vertraglichen Rückgewähranspruchs.

Das Bedürfnis, den Rückgewähranspruch als stillschweigend vereinbart anzunehmen, kann wegen der Regelung, die in den §§ 812 ff. BGB enthalten ist, fraglich sein. So leiten auch den Rückgewähranspruch nur aus § 812 BGB ab: STRECKER, HACHENBURG, NISSEN, GRÖNHOF und das LANDGERICHT BRAUNSCHWEIG.¹⁾ Doch genügen die Ansprüche aus § 812 BGB nicht, um die Rückgewähr der Grundsuld in jedem Fall verlangen zu können.

Zwar haftet nach den Vorschriften des Bereicherungsrechts der Sicherungsvertragsgläubiger nach Wegfall des Sicherungszweckes gemäß den §§ 812 Abs. 1 Satz 2, 1. Halbsatz; 820 Abs. 1 Satz 2 BGB in Verbindung mit den §§ 292, 989 ff. BGB für jedes Verschulden. Der rechtliche Grund im Sinne des § 812 BGB für die Bestellung der Grundsuld ist nach den Vereinbarungen der Sicherungsvertragsparteien die Sicherung der Forderungen.²⁾ Ist dieser zum Vertragsinhalt erklärte Zweck des Sicherungsvertrages fortgefallen, ist damit auch der rechtliche Grund im Sinne des § 812 BGB später weggefallen. Ist der Sicherungsvertrag von vornherein unwirksam, dann fehlt es auch an einer gültigen Zwecksetzung und damit an einem rechtlichen Grund im Sinne des § 812 BGB. Da von Anfang an der rechtliche Grund fehlt, ist § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB anzuwenden. Auch wenn der Sicherungsvertragsgläubiger und der Grundsuldgläubiger bzw. der Sicherungsvertragsschuldner und der Eigentümer nicht dieselben Personen sind, hat der Sicherungsvertragsschuldner gegen den Sicherungsvertragsgläubiger den Anspruch aus § 812 BGB. Durch die Bestellung der Grundsuld ist der Sicherungsvertragsschuldner entreichert und der Sicherungsvertragsgläubiger bereichert worden. Denn der Eigentümer kann aufgrund des zwischen ihm und dem Sicherungsvertragsschuldner bestehenden Rechtsverhältnisses (wie Auftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag) für die Bestellung der Grund-

1) PLANCK-STRECKER Vorbem. zu § 1113 BGB Anm. 2 a (S. 945); HACHENBURG Beiträge S. 36 ff.; ders. Vorträge S. 542 ff.; NISSEN JW 1906, 803/804; GRÖNHOF Diss. S. 55; LG Braunschweig NJW 1957, 469

2) vgl. KG JW 1932, 1759; PALANDT-HOCHE § 1191 Anm. 2 b; WESTERMANN SachenR § 4 II 1; KÜCHLER S. 224 - 226; von LÜBTOW Festschrift für HEINRICH LEHMANN S. 334 Fußnote 31; WOLFF-RAISER SachenR § 132 II

schuld an seinem Grundstück Ersatz vom Sicherungsvertragsschuldner verlangen. Der Grundschildgläubiger hat die Grundschild als mittelbarer Stellvertreter des Sicherungsvertragsgläubigers aufgrund der zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse inne.

In diesem Fall, wenn Sicherungsvertragsgläubiger und Grundschildgläubiger nicht dieselbe Person sind, kann vom Sicherungsvertragsgläubiger jedoch nicht die Rückgewähr der Grundschild, sondern nur die Abtretung seines Anspruchs auf Herausgabe der Grundschild, den er gegen den Grundschildgläubiger besitzt, verlangt werden. Dieser Anspruch stellt die Bereicherung dar, die er durch die Bestellung der Grundschild in diesem Fall erlangt hat. Es ist zu umständlich, wenn man mit Hilfe des § 812 BGB die Abtretung dieses Anspruchs verlangen muß und erst dann gegen den Grundschildgläubiger vorgehen kann. Mit § 812 BGB kann man nicht unmittelbar gegen den Grundschildgläubiger vorgehen, da er wegen des Rechtsverhältnisses zum Sicherungsvertragsgläubiger die Grundschild mit Rechtsgrund besitzt. Nur wenn das Rechtsverhältnis zwischen Grundschildgläubiger und Sicherungsvertragsgläubiger (Valutaverhältnis) unwirksam ist, dann hat der Sicherungsvertragsschuldner unmittelbar gegen den Grundschildgläubiger den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Hätte nun der Sicherungsvertragsschuldner auch einen stillschweigend vereinbarten vertraglichen Rückgewähranspruch, dann könnte er unmittelbar vom Sicherungsvertragsgläubiger die Rückgewähr der Grundschild verlangen. Dieser haftete dann für Handlungen des Grundschildgläubigers nach § 278 BGB, da nach den Vereinbarungen im Sicherungsvertrag der Grundschildgläubiger die Grundschild im Interesse des Sicherungsvertragsgläubigers besitzen und als dessen Erfüllungsgehilfe auftreten soll. Es entspricht deshalb den Vereinbarungen der Sicherungsvertragsparteien, einen Rückgewähranspruch als stillschweigend vereinbart anzusehen und zwar unabhängig davon, ob ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung besteht.

c) Inhalt des vertraglichen Rückgewähranspruchs.

Der Sicherungsvertragsschuldner erhält also aus dem Sicherungsvertrag das stillschweigend vereinbarte Recht, vom Sicherungsvertragsgläubiger nach Wegfall des Sicherungszweckes die "Rückgewähr" der Grundschild zu verlangen. Es ist umstritten, ob dem Sicherungs-

vertragsschuldner der Rückgewähranspruch als Wahlschuldverhältnis die Berechtigung gebe, die Abtretung der Grundschild (Übertragungsanspruch), den Verzicht auf sie (Verzichtsanspruch) bzw. ihre Aufhebung (Aufhebungsanspruch) ¹⁾ zu verlangen oder ob der Rückgewähranspruch lediglich auf Rückübertragung oder Verzicht gehe.

Für die erste Meinung sind DEMPEWOLF, WESTERMANN, HOCHÉ, LINDE und HIEBER.²⁾ DEMPEWOLF ³⁾ führt aus, die Verpflichtung des Sicherungsnehmers, dem Sicherungsgeber die frühere Rechtsstellung wieder zu verschaffen, könne in dreierlei Weise erfüllt werden: Der Sicherungsnehmer könne die ihm abgetretene Grundschild auf den Grundstückseigentümer zurückübertragen (Rückübertragungsanspruch). Der Sicherungsnehmer könne seine Verpflichtung auch dadurch erfüllen, daß er dem Sicherungsgeber oder dem Grundbuchamt gegenüber die erforderliche Verzichtserklärung abgebe, wodurch die Grundschild gemäß §§ 1168, 1192 BGB zur Eigentümergrundschild werde (Verzichtsanspruch). Die Grundschild erlösche gemäß §§ 875, 1183, 1192 BGB, wenn sie aufgehoben werde; mithin könne der Sicherungsnehmer auch durch Erteilung einer Löschungsbewilligung seiner Verpflichtung nachkommen (Aufhebungsanspruch). Mit Bewirken einer dieser Leistungen habe der Sicherungsnehmer seine Verpflichtung erfüllt. Es bleibe dem Sicherungsgeber überlassen zu wählen, welche Leistung er geltend machen wolle. Es handele sich um ein Wahlschuldverhältnis mit Wahlrecht des Grundstückseigentümers als Sicherungsgeber. Geschuldet würden vom Sicherungsnehmer alle drei Leistungen; zu erhalten habe der Sicherungsgeber aber nur die eine oder die andere Leistung, wobei er bestimmen könne, welche es sein solle. Die Wahl erfolge nach § 263 BGB durch Erklärung gegenüber dem Sicherungsnehmer.

Das REICHSGERICHT⁴⁾ und wohl auch der BUNDESGERICHTSHOF⁴⁾ nehmen hingegen an, daß der Rückgewähranspruch lediglich auf Rück-

- 1) Die Bezeichnung: Rückgewähr-, Übertragungs-, Verzichts- und Aufhebungsanspruch ist von DEMPEWOLF NJW 1958, 673 übernommen.
- 2) DEMPEWOLF Diss. S. 4 ff. = Rückübertragungsanspruch S. 15 f.; ders. NJW 1957, 1257 (1258) und 1958, 673; WESTERMANN SachenR § 116 III 1 a; PALANDT-HOCHÉ § 1191 Anm. 2 b aa; HOCHÉ NJW 1959, 413; HIEBER DNotZ 1958, 380; LINDE NJW 1957, 449
- 3) DEMPEWOLF Rückübertragungsanspruch S. 15/16
- 4) RGZ 143, 113 (116) = JW 1934, 685 (686); RGSt 69, 223 (224); BGH MDR 1959, 571 = BB 1959, 536

übertragung oder Verzicht gehe. Das RG führt aus, dem Sicherungsvertragsschuldner stehe wahlweise ein doppelter schuldrechtlicher Anspruch zu: nämlich entweder auf Verzicht des Gläubigers auf die Grundsuld oder auf Übertragung der Grundsuld. Der Meinung des RG folgen KOBER, JANBERG, RÄBEL, SCHNEIDER, GÄHRS und SCHOLZ¹⁾.

Die erstere Meinung ist vorzuziehen. Sie geht auf die Interessen des Sicherungsvertragsschuldners noch mehr ein und gewährt ihm die weitere Möglichkeit, die Grundsuld gemäß §§ 875, 1183, 1192 BGB aufzugeben und dadurch das Erlöschen der Grundsuld herbeizuführen. Jedoch ist die Einschränkung zu machen, daß der Rückgewähranspruch nicht auf Wiederverschaffung der früheren Rechtsstellung des Sicherungsvertragsschuldners (= Sicherungsgeber) abzielt, wie DEMPEWOLF meint. Dieser Erfolg könnte nur mit der Abtretung der Grundsuld oder mit dem Verzicht auf sie gemäß § 1168 BGB erreicht werden, nicht aber mit der Aufgabe der Grundsuld. In diesem Fall erlischt die Grundsuld, § 875 BGB. Ist der Sicherungsvertragsschuldner nicht zugleich der Eigentümer, dann kann ihm auch durch den Verzicht auf die Grundsuld nicht die frühere Rechtsstellung als Grundsuldgläubiger verschafft werden, da nach § 1168 Abs. 1 BGB bei Verzicht auf die Grundsuld diese der Eigentümer als Eigentümergrundsuld erwirbt. Der Rückgewähranspruch geht vielmehr dahin, daß der Sicherungsvertragsgläubiger die Grundsuld in der Weise aufgibt, daß er sie abtritt, aufhebt oder auf sie verzichtet bzw. daß der Sicherungsvertragsgläubiger, falls er kein Grundsuldgläubiger ist, bei diesem darauf hinwirkt, daß dieser die Grundsuld in der vorstehend beschriebenen Weise aufgibt.

Der vertragliche Verzichtsanspruch ist von der Forderung, die auf Verzicht auf die Grundsuld geht und sich aus den §§ 1169, 1192 Abs. 1 BGB ergibt, zu unterscheiden. Diese Forderung ist kein vertraglicher Anspruch, sondern folgt aus dem durch die Bestellung der Grundsuld entstandenen gesetzlichen Schuldverhältnis.²⁾ Dieser Anspruch steht dem Eigentümer gegen den Grundsuldgläubiger

1) STAUDINGER-KOBER § 1191 Anm. 6 (S. 1412 unten); JANBERG DFG 1939, 58; ders. Bank-Archiv XXXVI 323; RÄBEL NJW 1953, 1248 zu 2 b aa; SCHNEIDER JW 1938, 1630; GÄHRS JW 1933, 1299; SCHOLZ S. 287 (Anm. 293)

2) siehe WESTERMANN SachenR § 2 III 1, 2; § 92; § 94 II 4; PALANDT-HOCHÉ § 1191 Anm. 2 b aa; RGZ 91, 218 (225/226)

unabhängig davon zu, ob beide gleichzeitig Parteien des Sicherungsvertrages sind oder nicht.

Der aus dem Rückgewähranspruch sich ergebende Verzichtsanspruch hat dieselbe Folge wie die aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis folgende Forderung, auf die Grundsuld zu verzichten (§ 1168 BGB). Denn verzichtet der Grundsuldgläubiger auf sie, erwirbt nach der gesetzlichen Regelung des § 1168 BGB der Eigentümer, nicht der Sicherungsvertragsschuldner die Grundsuld.¹⁾ Will also der Sicherungsvertragsschuldner, der mit dem Eigentümer nicht personengleich ist, die Grundsuld erwerben, dann darf er nicht den Verzichtsanspruch geltend machen.

Beim vertraglichen Rückgewähranspruch handelt es sich um ein Wahlschuldverhältnis mit dem Wahlrecht des Sicherungsvertragsschuldners als Gläubigers des Anspruchs.²⁾ Es liegt hier eine Ausnahme von der Vermutung des § 262 BGB vor. Denn aus den Umständen, insbesondere aus den Interessen des Sicherungsvertragsschuldners, dem durch die Wahlmöglichkeit am meisten gedient wird, sowie aus der Verkehrssitte ist eine stillschweigende Bestimmung über das Wahlrecht des Sicherungsvertragsschuldners zu entnehmen. Die Kreditinstitute erkennen dem Sicherungsvertragsschuldner das Wahlrecht zu, wenn das auch nicht immer ausdrücklich in den Sicherungszweckerklärungen erwähnt ist. In den Sicherungszweckerklärungen der DEUTSCHEN BANK, der DRESDNER BANK und der COMMERZBANK sind der Rückübertragungsanspruch und der Aufhebungsanspruch als wahlweise Leistungen derart erwähnt, daß das Wahlrecht des Sicherungsvertragsschuldners entweder ausdrücklich genannt wird (so in dem Formular der COMMERZBANK) oder als selbstverständlich vorausgesetzt wird.³⁾ Nur in der "Verwendungszweckerklärung" des Verbandes der ländlichen Genossenschaften (RAIFFEISEN)⁴⁾ wird das Wahlrecht dem

1) vgl. DEMPEWOLF NJW 1957, 1257 (1258 links); 1958, 673 links; RABEL NJW 1953, 1247 (1248 links)

2) DEMPEWOLF NJW 1957, 1258; RABEL NJW 1953, 1248; KOMANNS S. 22; WÖRBE LAUER NJW 1958, 1705 (1706 Fußnote 6)

3) siehe unten S. 150 ff.: Formular (W) FzW 253 1 57 der DEUTSCHEN BANK; Formular Allg. 1605 b 2/11.57 der DRESDNER BANK; Formular 374 Z u. F/71023 der COMMERZBANK

4) Formular K 40 - FA 58/7582 / 61, wiedergegeben S. 155

jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundstücks eingeräumt. Einen Rückschluß darauf, daß die Kreditinstitute dem Sicherungsvertragsschuldner das Wahlrecht zuerkennen, können auch die formularmäßigen Erklärungen über die Abtretung des Rückgewähranspruchs gewähren. So wird in dem Formular der DRESDNER BANK¹⁾ bestimmt, daß der "Anspruch auf Rückübertragung ... sowie ... der Anspruch auf Erteilung einer Löschungsbewilligung oder einer Verzichtserklärung" abgetreten werde. Hier werden alle drei Leistungen des Rückgewähranspruchs wahlweise nebeneinander gestellt. Diese Formulierung kann nur den Sinn haben, daß der Gläubiger des Rückgewähranspruchs das Wahlrecht besitzt. Es kann somit davon ausgegangen werden, daß die Kreditinstitute überwiegend dem Sicherungsvertragsschuldner das Wahlrecht zuerkennen. Eine Verkehrssitte, daß aufgrund einer (zumindest stillschweigend getroffenen) Vereinbarung dem Sicherungsvertragsschuldner das Wahlrecht eingeräumt wird, dürfte somit vorliegen. Da auch aus den Umständen, insbesondere aus den Interessen des Sicherungsvertragsschuldners, dem durch die Wahlmöglichkeit am meisten gedient wird, zu entnehmen ist, daß die Vermutung des § 262 BGB ausgeschlossen sein soll, ist in diesen Fällen § 262 BGB nicht anzuwenden.²⁾

Aufgrund des Rückgewähranspruches werden drei Leistungen geschuldet: Übertragung, Verzicht oder Aufhebung der Grundschuld; erhalten kann der Sicherungsvertragsschuldner nur eine der drei Leistungen, die er auszuwählen hat. Nach § 263 BGB erfolgt die Wahl durch Erklärung gegenüber dem Sicherungsvertragsgläubiger als Schuldner des Rückgewähranspruchs. Der Sicherungsvertragsgläubiger hat dann nur noch diese gewählte Leistung zur Erfüllung des Rückgewähranspruchs zu erbringen, da nach § 263 Abs. 2 BGB die gewählte Leistung nach der erfolgten Wahl als die von Anfang an allein geschuldete gilt.

Wird der Rückgewähranspruch vom Sicherungsvertragsschuldner als Gläubiger des Anspruchs abgetreten, so geht der gesamte Anspruch mit dem Wahlrecht auf den Zessionar über, da das Wahlrecht Bestandteil des Anspruchs ist.³⁾ Erst durch die Wahl wird der bis

1) Formular Allg. 1624 14/5.58, wiedergegeben S. 159

2) vgl. ENNECCERUS-LEHMANN § 8 III 1

3) DEMPEWOLF NJW 1958, 673 links; 1957, 1258 links;
ENNECCERUS-LEHMANN § 8 III 1, 2.

dahin unbestimmte Inhalt des Rückgewähranspruchs in einen bestimmten umgestaltet.¹⁾ Da vor der Abtretung keine Wahl ausgeübt wurde, ist der gesamte, unbestimmte Inhalt der Forderung einschließlich des Wahlrechts übertragen. Die Abtretung kann auch lediglich auf den Anspruch auf Abtretung der Grundsuld beschränkt werden.²⁾ In dieser Abtretungserklärung ist gleichzeitig die Ausübung des Wahlrechts durch den Sicherungsvertragsschuldner als Gläubiger und Zedent des Anspruchs enthalten; diese Wahlerklärung, die gegenüber dem Zessionar abgegeben wurde, wird erst wirksam, wenn sie dem Sicherungsvertragsgläubiger als Schuldner des Rückgewähranspruchs zugegangen ist, § 263 Abs. 1 BGB.³⁾

Will sich der Sicherungsvertragsschuldner hinsichtlich des Rückgewähranspruchs besonders sichern, insbesondere gegen Nachfolger des Sicherungsvertragsgläubigers als Grundsuldgläubiger, so muß er sich eine Vormerkung (§§ 882 ff. BGB) für diesen Anspruch eintragen lassen.⁴⁾ Die Einrede nach § 1157 BGB⁵⁾ beschränkt nur die Geltendmachung der Grundsuld und gibt in Verbindung mit den §§ 1169, 1192 Abs. 1 BGB nur dem Eigentümer einen Anspruch, vom Grundsuldgläubiger den Verzicht auf die Grundsuld verlangen zu können. Ist der Sicherungsvertragsschuldner nicht zugleich Eigentümer, steht ihm der Anspruch aus § 1169 BGB nicht zu.

Die Vormerkung hat der Sicherungsvertragsgläubiger als Grundsuldgläubiger zu bewilligen, da er als Grundsuldgläubiger der Betroffene (§ 885 BGB) ist.⁶⁾ Die Vormerkung kann weiter aufgrund

- 1) ENNECCERUS-LEHMANN § 8 III 1; § 7, 2
- 2) DEMPEWOLF NJW 1957, 1258 links; KNÖCHLEIN Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht 1958, 305 (306)
- 3) DEMPEWOLF NJW 1958, 673 spricht lediglich von der Konkretisierung des Schuldverhältnisses; ebenso KOMANNS S. 24 und KNÖCHLEIN aaO. S. 306/307; vgl. auch DEMPEWOLF Diss. S. 5 = S. 16 Rückübertragungsanspruch: "Konzentration des Schuldverhältnisses".
- 4) vgl. DEMPEWOLF Diss. S. 20 ff. = S. 31 ff. Rückübertragungsanspruch; WESTERMANN SachenR § 116 III 1 a; KNÖCHLEIN aaO. S. 305 (308); OLG HAMM JMBL NRW 1957, 184
- 5) vgl. S. 93
- 6) KG JW 1934, 1860; OLG DÜSSELDORF NJW 1957, 1282 (mit Anm.v. DEMPEWOLF) = DNotZ 1957, 601; OLG FRANKFURT NJW 1957, 1283; OLG CELLE NJW 1957, 1481 = DNotZ 1957, 64 f; WESTERMANN SachenR § 116 III 1 a; RIFFEL DNotZ 1957, 518 (524); DEMPEWOLF Blätter für das Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht 1956, 25 (26); ders. Diss. S. 25 ff.; ders. NJW 1957, 1258; JANBERG ZAKDR 1938, 814 (815); LINDEMANN JW 1931, 2613 f.; a.M.: LG BOCHUM MDR 1957, 610 ff. (mit Anm. von DEMPEWOLF). Über die inhaltliche Fassung einer solchen Vormerkung siehe RIFFEL DNotZ 1957, 524

einer einstweiligen Verfügung eingetragen werden, § 885 Abs. 1 BGB. Die einstweilige Verfügung ersetzt die Bewilligung des Betroffenen.

Ob eine Verpflichtung des Sicherungsvertragsgläubigers zur Eintragung der Vormerkung für den Rückgewähranspruch ohne eine ausdrückliche Vereinbarung besteht, ist umstritten. HECK und WESTERMANN¹⁾ vertreten die Ansicht, das Entstehen jener Verpflichtung bedürfe einer besonderen Vereinbarung. Andernfalls bestände die Möglichkeit, daß der Verpflichtete bei Nichtbewilligung in Verzug geraten könnte und Ersatz leisten müsse. Es sei kein Grund vorhanden, in dem Schutz der Gläubigerrechte so weit zu gehen. Demgegenüber meint RAISER²⁾: Wer einen vormerkbaren Anspruch habe, dem stehe ohne weiteres ein Recht auf Vormerkung zu; die Ansicht von HECK und WESTERMANN sei zu eng.

Die Meinung von HECK und WESTERMANN ist vorzuziehen. Es ist kein Grund ersichtlich, in dem Schutz der Rechte des Gläubigers des Rückgewähranspruchs so weit zu gehen, wie RAISER es will. Insbesondere sagt die Möglichkeit, die Vormerkung mit Hilfe einer einstweiligen Verfügung eintragen zu lassen, nichts darüber aus, ob ohne eine besondere Vereinbarung das Bestehen einer Verpflichtung anzunehmen ist, die Vormerkung eintragen zu lassen. Es ist deshalb davon auszugehen, daß die Verpflichtung nur dann gegeben ist, wenn sie ausdrücklich vereinbart wurde.

d) Wesen des vertraglichen Rückgewähranspruchs.

Ob der vertragliche Rückgewähranspruch ein zukünftiger oder ein bis zum Wegfall des Sicherungszweckes aufschiebend bedingter Anspruch sei, ist umstritten.

Für die erste Meinung sind HOCHÉ, WÖRBELAUER und BAUR.³⁾ Zur Begründung führt HOCHÉ⁴⁾ aus, es handele sich auch bei dem vertraglichen Rückgewähranspruch um eine zukünftige Forderung, weil ihre Entstehung nicht von einer echten, d.h. durch Parteiwillen zum In-

1) HECK SachenR § 47 III (S. 199); WESTERMANN SachenR § 84 II 2

2) WOLFF-RAISER SachenR § 48 II und Fußnote 14

3) PALANDT-HOCHÉ § 1191 Anm. 2 b aa; HOCHÉ NJW 1956, 144 (145 links); ders. DNotZ 1958, 386 (387) und NJW 1959, 413/414 zu 1; WÖRBELAUER NJW 1958, 1721/1722 und 1705 (1709/1706 Fußnote 8); BAUR SachenR § 45 V 1 b (S. 383)

4) HOCHÉ DNotZ 1958, 387

halt eines Rechtsgeschäftes gemachten Bedingung, sondern von einer sog. Rechtsbedingung abhängig sei. Denn der Rückgewähranspruch beruhe auf einer Vorschrift der Rechtsordnung. Die Befriedigung des Gläubigers gehöre zum gesetzlichen Entstehungstatbestand des Rückgewähranspruchs. WÖRBELAUER ¹⁾ formuliert es so, die Bedingung des Rückgewähranspruchs, die Befriedigung des Gläubigers der Sicherungsgrundschuld, sei für das Entstehen dieses Anspruchs gesetzliche Tatbestandsvoraussetzung und damit Rechtsbedingung. Der Anspruch entstehe erst, wenn die Sicherungsgrundschuld kondiktionsreif geworden sei.

Demgegenüber wird in der Literatur und Rechtsprechung überwiegend die Meinung vertreten, daß der Rückgewähranspruch ein bis zum Wegfall des Sicherungszweckes aufschiebend bedingter Anspruch sei.²⁾ Lediglich in einer früheren Entscheidung hat das RG ³⁾ ausgesprochen, durch den fiduziarischen Vertrag werde ein Recht auf Rückgewähr des zur Sicherung übertragenen Rechts nur und erst für den Fall begründet, daß die zu sichernde Forderung erlösche.

Die Meinung, daß der Rückgewähranspruch aufschiebend bedingt sei, wird auch bei der Sicherungsübereignung ⁴⁾ und bei der Sicherungsabtretung von Forderungen ⁵⁾ bzw. von hypothekarisch gesicherten Forderungen ⁶⁾ vertreten.

Die Meinung, daß der Rückgewähranspruch eine gegenwärtige aufschiebend bedingte Forderung sei, ist vorzuziehen. Der vertragliche Rückgewähranspruch beruht nicht auf einer Vorschrift der Rechtsordnung, wie HOCHÉ, WÖRBELAUER und BAUR glauben. Denn diese Forderung folgt nach dem Willen der Parteien unmittelbar aus dem

1) WÖRBELAUER NJW 1958, 1706 Fußnote 8 sowie 1709 und 1721

2) RGZ 91, 218 (225); 143, 113 (116) = JW 1934, 685; RG JW 1932, 1550; 1914, 873; RGSt 69, 223 (224); BGH DNotZ 1958, 383 (386) mit Anm. von HOCHÉ = LM Nr. 14 zu § 313 BGB; OLG HAMM JMBL NRW 1957, 184; OLG DÜSSELDORF JMBL NRW 1957, 92 (93); WESTERMANN SachenR § 116 III 1 a; STAUDINGER-KOBER § 1191 Anm. 6 (S. 1412 unten); LINDE NJW 1957, 449 (450); HIEBER DNotZ 1958, 378/380; RABEL NJW 1953, 1248; DEMPEWOLF Rückübertragungsanspruch S.18; ders. NJW 1957, 1258

3) RG JW 1912, 135

4) WEINHAUSEN Sicherungsübereignung S. 92

5) RGZ 95, 244 (245/246); BGHZ 11, 37 (43)

6) RG Gruch Bd. 51 S. 374 (375/376)

Sicherungsvertrag. HOCHÉ, WÖRBELEUER und BAUR hätten Recht, wenn der Rückgewähranspruch, der sich aus § 812 BGB ergibt, gemeint wäre. Dieser Anspruch beruht auf einer Vorschrift der Rechtsordnung. Bei § 812 BGB gehört auch die Befriedigung des Gläubigers zum gesetzlichen Entstehungstatbestand. Denn wenn der Gläubiger befriedigt ist, ist der Sicherungszweck und damit der rechtliche Grund im Sinne des § 812 BGB fortgefallen.¹⁾ Sie scheinen deshalb bei der Bestimmung des Wesens des Rückgewähranspruchs nur von der Forderung ausgegangen zu sein, die sich aus § 812 BGB ergibt.

Den Wegfall des Sicherungszweckes kann man auch nicht als Rechtsbedingung ansehen. Denn die Rechtsbedingung ist ein zukünftiger, ungewisser Umstand, der als gesetzlich vorgeschriebenes Erfordernis durch seinen Eintritt die Wirksamkeit des Geschäfts herbeiführt, wie z.B. die Zustimmung Dritter (§ 185 BGB) oder die behördliche Genehmigung des Rechtsgeschäfts. Sie ist also nicht Teil des Tatbestandes des Rechtsgeschäfts, sondern eine Bedingung der Wirksamkeit dieses Tatbestandes.²⁾ Der Tatbestand eines Rechtsgeschäfts stellt die Gesamtheit derjenigen Erfordernisse dar, welche die Rechtsordnung als den Grund einer Rechtsfolge anerkennt. Zwischen Tatbestand und Rechtswirkung besteht das logische Verhältnis von Grund und Folge. Der Begriff des Tatbestandes wurde von der Strafrechtswissenschaft entwickelt und ist in das Privatrecht übernommen worden. In der Strafrechtslehre sind gewisse Bedingungen der Strafbarkeit vom Tatbestande der Straftat auszuschließen. Denn sie bilden nicht den Grund der Strafbarkeit. Sie treten nur als äußere, von der Straftat unabhängige Umstände zu dieser hinzu. In gleicher Weise müssen auch in der Privatrechtswissenschaft von dem Begriff des Tatbestandes des Rechtsgeschäfts diejenigen Erfordernisse der Wirkung ausgeschieden werden, welche die Rechtsordnung nicht als Grund der als gewollt bezeichneten Rechtswirkung, sondern nur als Bedingungen betrachtet, unter denen der Tatbestand die ihm zukommende Wirkung hervorruft.³⁾ Es ist also nicht jede

1) vgl. die Ausführungen S. 123 f.

2) ENNECCERUS-NIPPERDEY Allg. Teil 2. Halbbd. § 194 II 2 2 und 2a, § 145 II B 3; SOERGEL-SEYDEL § 158 Anm. 4; RGR-Komm. Vorbem. vor § 158 Anm. 8; STAUDINGER-COING Vorbem. vor § 158 Anm. 13; PALANDT-DANCKELMANN Einf. vor § 158 Anm. 2; OERTMANN Rechtsbedingung S. 28; BGH NJW 1952, 1330 (1331); RGZ 144, 71 (73); 168, 261 (266); 129, 357 (376); KGJ 36 A 194 (198); OGHZ 3, 250 (252/253); OLG CELLE DNotZ 1957, 660 (661)

3) ENNECCERUS-NIPPERDEY aaO. § 136 I (S. 859), § 145 II B 3, 1. Halbbd. § 71

Voraussetzung der Wirksamkeit eines Geschäfts als Teil dieses Geschäftes anzusehen. Was nach Auffassung der Rechtsordnung die Rechtswirkung nicht begründet, sondern nur bedingt, d.h. von einem gesetzlich vorgeschriebenen Erfordernis abhängig gemacht wird, wird nicht als Teil des Geschäfts, sondern nur als Bedingung seiner Wirksamkeit angesehen. Wenn es dem Geschäftsabschluß zeitlich nachfolgt, wird es als Rechtsbedingung bezeichnet.¹⁾ Die Rechtsbedingung ist nicht mit der stillschweigend erklärten Bedingung zu verwechseln. Diese ist eine auf dem stillschweigend erklärten Willen der Parteien beruhende Bedingung.²⁾ Sie ist die einer Willenserklärung eingefügte Beschränkung, durch welche der Eintritt oder die Wiederaufhebung einer Rechtswirkung von einem für menschliches Wissen ungewissen Umstand abhängig gemacht wird. Dieser Umstand wird als Bedingung bezeichnet. Eine echte Bedingung liegt also dann vor, wenn die Abhängigkeit der Rechtswirkung von einem ungewissen Umstand auf dem rechtsgeschäftlichen Willen, dagegen nicht, wenn sie auf einer Vorschrift der Rechtsordnung beruht.³⁾ Aufschiebend ist eine Bedingung, von der der Eintritt (das Wirksamwerden) der gewollten Rechtswirkung abhängig gemacht wird, § 158 Abs. 1 BGB. Das die Bedingung darstellende künftige Ereignis können Handlungen, Unterlassungen oder sonstige Begebenheiten rein tatsächlicher oder rechtsgeschäftlicher Art sein.⁴⁾

Nach dem Willen der Vertragsparteien soll der vertragliche Rückgewähranspruch in seiner vollen Rechtswirkung von dem ungewissen Ereignis abhängen, daß der Sicherungszweck fortfällt und daß die Grundsuld ganz oder zum Teil zu diesem Zeitpunkt noch vorhanden ist. Dieser Umstand ist Teil des Tatbestandes des Rückgewähranspruchs: Er soll nämlich eines der Erfordernisse sein, die mit zum Grund der Entstehung des Anspruchs gehören. Er soll

- 1) ENNECCERUS-NIPPERDEY § 145 II B 3; OERTMANN Rechtsbedingung S. 28; SOERGEL-SEYDEL § 158 Anm. 4; RGR-Komm. Vorbem. vor § 158 Anm. 8 und 9 g; PALANDT-DANCKELMANN Vorbem. vor § 158 Anm. 2; STAUDINGER-GOING Vorbem. vor § 158 Anm. 13
- 2) ENNECCERUS-NIPPERDEY § 194 II 2 d; STAUDINGER-GOING Vorbem. vor § 158 Anm. 14
- 3) ENNECCERUS-NIPPERDEY § 194 I vor 1; RGR-Komm. Vorbem. vor § 158 Anm. 2; SOERGEL-SEYDEL § 158 Anm. 1; STAUDINGER-GOING Vorbem. vor § 158 Anm. 13
- 4) RGR-Komm. Vorbem. vor § 158 Anm. 4

nicht lediglich die Wirksamkeit des Anspruchs als Äußerer, von dessen Tatbestand unabhängiger Umstand bedingen. Vielmehr soll er bis zu seinem Eintritt den Anspruch in seiner Rechtswirksamkeit beschränken. Der Anspruch soll nicht erst zu diesem Zeitpunkt hervorgezogen werden, sondern soll mit Abschluß des Vertrages schon entstehen. Alle diese Punkte sprechen gegen die Annahme einer Rechtsbedingung und für das Vorliegen einer echten Bedingung im Sinne des § 158 BGB. Weiter kommt noch hinzu, daß der Umstand, von dem die volle Wirksamkeit des Rückgewähranspruchs abhängig gemacht wird, kein von der Rechtsordnung gesetzlich vorgeschriebenes Erfordernis ist. Der vertragliche Rückgewähranspruch und das Abhängigmachen des Anspruchs von diesem Umstand ergeben sich vielmehr nur aus dem Sicherungsvertrag. Der Umstand ist eine Begebenheit rein tatsächlicher Art. Da ein solcher Umstand auch eine Bedingung im Sinne des § 158 BGB sein kann und da gleichfalls ihre übrigen Voraussetzungen vorhanden sind, ist somit eine Bedingung im Sinne des § 158 BGB gegeben. Das Vorliegen einer Rechtsbedingung mit der Folge, daß der Rückgewähranspruch eine zukünftige Forderung ist, scheidet somit aus. Die Meinung von HOCHÉ, WÖBELAUER und BAUR ist deshalb abzulehnen.

Da die Wirksamkeit des Rückgewähranspruchs von dem künftigen Eintritt des Umstandes abhängig gemacht wird, liegt eine aufschiebende Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) vor. Der Rückgewähranspruch ist daher aufschiebend bedingt.

e) Rückgewähranspruch bei Übersicherung.

Die Rückgewähr eines Teiles der Grundschild kann schon vor Wegfall der Forderung verlangt werden, wenn die Grundschild im Kapitalbetrag (samt Zinsen) wesentlich höher als die gesicherte Forderung (nebst Zinsen, Kosten) ist und wenn der überschießende Teil der Grundschild deshalb nicht mehr benötigt wird.¹⁾ In diesem Fall ist dem Sicherungsvertragsschuldner ein weiteres Warten auf die Rückgewähr des zur Sicherstellung des Sicherungsvertragsgläubigers nicht erforderlichen Teiles nicht mehr zumutbar. Dieses gilt auch bei der Bestellung einer Grundschild zur Sicherung von

1) RG HRR 1929 Nr. 495; JANBERG Z.f.d.ges.Kreditwesen 1951, 123; ders. Bank-Archiv XXXVI, 324; DEMPEWOLF Diss. S. 44 (= S. 55 "Rückübertragungsanspruch"); a.M.: HOCHÉ NJW 1956, 146 rechts; SEGGELEKE Diss. S. 33; RG JW 1912, 135; PLANCK-STRECKER § 1191 Anm. 6 b

Kontokorrentverhältnissen; meistens wird jedoch der nicht valutier- te Teil der Grundschild noch gebraucht, da bei laufenden Geschäfts- beziehungen der zukünftige tatsächliche Stand des gesicherten Sal- dos schwer im voraus bestimmt werden kann. Sind aber die Geschäfts- beziehungen abgebrochen und läßt sich deshalb der tatsächliche Be- trag des Kontokorrents (nebst etwa noch weiter laufenden Zisen, Kosten, Spesen) annähernd berechnen, dann hat der Sicherungsver- tragsschuldner schon zu diesem Zeitpunkt den Rückgewähranspruch bezüglich des Teiles der Grundschild, der unter keinen Umständen mehr zur Sicherung des Saldos benötigt wird.¹⁾

Der Anspruch auf Rückgewähr eines Teiles der Grundschild ist ausgeschlossen, wenn dieser Teil schon bei Bestellung der Grund- schild nicht mehr zur Sicherung der Forderung gebraucht wurde, wenn die Parteien in Kenntnis dieser Tatsache die Bestellung der Grundschild in der die gesicherte Forderung überschießenden Höhe vereinbarten und wenn sich dieses Betragsverhältnis zwischen For- derung und Grundschild nicht wesentlich geändert hat.²⁾ In diesem Verhalten der Sicherungsvertragsparteien ist der Wille zu er- blicken, daß die Grundschild eine unteilbare Sicherheit darstel- len soll, und daß in diesem Fall die Rückgewähr eines Teiles der Grundschild nicht verlangt werden kann.³⁾ Im übrigen kann ein derartiger Ausschluß der Rückgewähr eines Teils der Grundschild nur dann als stillschweigend vereinbart angesehen werden, wenn für einen derartigen Willen der Parteien besondere Anhaltspunkte vorliegen, die einen eindeutigen Rückschluß auf ihren Willen er- lauben.

f) Rückgewähranspruch bei einredebehafteter Forderung.

Die Rückgewähr der Grundschild kann auch bei einredebehafteter Forderung (Annahme: § 223 Abs. 2 BGB) deshalb verlangt werden, weil nach dem Willen der Sicherungsvertragsparteien die Grundschild nicht weitergehend verwertet werden soll, als aus der Forderung Befriedigung gesucht werden kann. Nur soweit geht das Leistungs- interesse an der Grundschild. Ist das Leistungsinteresse fortge-

1) vgl. WÖRBELAUER NJW 1958, 1721; KOWALSKI S. 26

2) KINDLER Diss. S. 40/41; BREBECK Diss. S. 34/35

3) GRÖNHOFf Diss. S. 59

fallen, ist auch der Sicherungszweck nicht mehr gegeben¹⁾ und es kann die Rückgewähr der Grundsuld verlangt werden.

4) Anspruch des Sicherungsvertragsschuldners auf Rechnungslegung

Da der Sicherungsvertragsgläubiger als fiduziarischer Treuhänder bei Verwertung der Grundsuld auch die Interessen des Sicherungsvertragsschuldners wahrzunehmen hat, hat dieser gegen jenen einen Anspruch auf Rechnungslegung.²⁾ Die Interessenlage ist hier die gleiche wie beim Auftrag, so daß § 666 BGB entsprechend anzuwenden ist.

5) Anspruch des Sicherungsvertragsschuldners auf Auszahlung des Übererlöses.

Aus denselben Gründen wie beim Anspruch auf Rechnungslegung hat der Sicherungsvertragsschuldner auch entsprechend § 667 BGB einen Anspruch auf Auszahlung des Übererlöses, der bei der Verwertung (Zwangsversteigerung, Zwangsverwaltung, freihändige Verwertung) anfällt.³⁾ Übererlös ist der Teil des Erlöses, der nach Abdeckung der gesicherten Forderung verbleibt.⁴⁾ Der Sicherungsvertragsgläubiger soll nach dem Sicherungsvertrag den Erlös aus der Verwertung der Grundsuld nur erhalten, soweit aus der Forderung Befriedigung gesucht werden kann.⁵⁾

6) Anspruch des Sicherungsvertragsschuldners auf Schadensersatz

Hält der Sicherungsvertragsgläubiger die ihm obliegenden Pflichten schuldhaft nicht ein, so kann der Sicherungsvertragsschuldner Schadensersatz verlangen. Da nur die dem Sicherungsvertragsschuldner obliegende Pflicht zur Bestellung oder Übertragung der Grundsuld Hauptpflicht des fiduziarischen Sicherungsvertrages, alle anderen dem Sicherungsvertragsschuldner und Sicherungsvertragsgläubiger obliegenden Pflichten Nebenpflichten

1) vgl. S. 53 f.

2) BGH WM 1956, 563; SCHOLZ S. 156/157; JANBERG Bank-Archiv XXXVI 517

3) RGZ 59, 190; 76, 345 (347); 116, 330 (331); RGSt 69, 223 (225/226); BGH LM Nr. 2 zu § 1163 BGB; RABEL NJW 1953, 1248; PALANDT-HOCHE § 1191 Anm. 2 b; KOLBENSCHLAG WM 1958, 1434; UNGEWITTER Diss. S. 17

4) RABEL aaO.; BGH BB 1959, 536

5) vgl. S. 53 f.

sind,¹⁾ liegt in einer vom Sicherungsvertragsgläubiger zu vertretenden Verletzung der ihm obliegenden vertraglichen Pflichten eine positive Vertragsverletzung.²⁾

Läßt der Sicherungsvertragsgläubiger die ihm obliegenden Pflichten durch einen Dritten wahrnehmen, so haftet er für dessen Verschulden nach § 278 BGB.

Als Pflichtverletzungen des Sicherungsvertragsgläubigers kommen besonders die bei der freihändigen Verwertung zu beachtenden Pflichten in Betracht, insbesondere eine freihändige Verwertung der Grundschild vor Fälligkeit der gesicherten Forderung oder bei einredebehafteter Forderung.³⁾ Auch bei der Zwangsvollstreckung können Pflichtverletzungen des Sicherungsvertragsgläubigers vorkommen: so wenn er nicht alle Beträge geltend macht, die er nach den gesetzlichen Bestimmungen hätte fordern können.⁴⁾ Wenn ihm durch sein schuldhaftes Verhalten ein geringerer Betrag zugeteilt wird, als er hätte beanspruchen können, so muß er sich vom Sicherungsvertragsschuldner so behandeln lassen, als ob er auch die nicht bei der Zwangsvollstreckung erhaltenen Beträge erhalten hätte⁵⁾ (§ 249 BGB).

Wenn eine Bank als Sicherungsvertragsgläubigerin bei freihändiger Verwertung der Grundschild gegen Ziffer 21 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verstößt, hat sie dem Sicherungsvertragsschuldner den entstehenden Schaden zu ersetzen.

Gegen Dritte, die vorsätzlich an einer bewußt pflichtwidrigen Verfügung des Sicherungsvertragsgläubigers als Sicherungsnehmer und Treuhänder mitwirken, besteht nur ein deliktischer Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB oder nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 266 StGB,⁶⁾ da die Veräußerung an Dritte sachenrechtlich wirksam ist und da nur ein Vermögensschaden eingetreten ist (vgl. §§ 1157, 892 BGB).⁷⁾ Besteht eine Einrede aus § 1157 BGB, dann hat der Eigentümer gegen den Grundschildgläubiger einen Anspruch aus § 1169 BGB.

1) vgl. S. 112 f.

2) RABEL NJW 1953, 1248

3) vgl. hierzu S. 70 f.

4) RABEL NJW aaO. zu 2 b, cc; KOLBENSCHLAG WM 1958, 1434 f.

5) RABEL und KOLBENSCHLAG aaO.

6) RGZ 153, 366 (370); 108, 58 (59); PALANDT-HOCHE Einf.vor § 929 Anm. 7 B a

7) vgl. S. 93/94

Abschnitt 5:

Zusammenfassung.

Die Untersuchungen haben gezeigt, daß die Grundschild genau so beweglich und leicht verwendbar ist wie die anderen nicht-akzessorischen Sicherheiten (wie die sicherungsweise Abtretung von Forderungen und die Sicherungsübereignung beweglicher Sachen). Gegenüber der Hypothek hat die Grundschild die folgenden Vorteile: Sie eignet sich zur Sicherung jeder Art von kurz-, mittel- und langfristigen Forderungen sowie von Forderungen mit unbestimmter oder wechselnder Höhe. Die rechtlichen Schwierigkeiten, die bei der Höchstbetragshypothek entstehen, werden bei der Grundschild vermieden. Weiter kann die Grundschild mehrere Forderungen gleichzeitig sichern. Die gesicherte Forderung kann durch formlose Vereinbarung ausgewechselt werden. Der Eigentümer kann sich der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Grundschild unabhängig vom Bestehen der gesicherten Forderung unterwerfen. Weiter hat die Grundschild bei der Sicherung von Forderungen, die durch kleine Tilgungsleistungen allmählich getilgt werden, gegenüber der Hypothek Vorteile. Gerade diese Vorteile bewirkten es, daß die Grundschild im letzten Jahrzehnt gegenüber der Hypothek bevorzugt und am meisten bestellt wurde. Die Übernahme der Grundschild in das BGB hat sich als günstig erwiesen und dürfte durch die Entwicklung in der Praxis gerechtfertigt sein.

Weiter haben die Untersuchungen gezeigt, welche Verträge der Grundschild bei ihrer Verwendung als Sicherungsmittel zugrunde liegen. Es wurde versucht, anhand der systematischen Darstellung des fiduziarischen Sicherungsvertrages aufzuzeigen, inwieweit die Zulässigkeit und die Durchführung der freihändigen Verwertung der Grundschild sowie die damit zusammenhängenden Fragen davon abhängen, in welchem Umfang man die fiduziarische Zweckbindung aufhebt oder aufrecht erhält. Weiter wurden Lösungen zu den Fragen der Verwertung der Grundschild, des Wesens des fiduziarischen Sicherungsvertrages und der Rückgewähr der Grundschild sowie zu den unmittelbar mit ihnen zusammenhängenden Fragen vorgeschlagen. Die nachfolgend abgedruckten Formulare und Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und sonstigen Kreditinstitute sollen die Ermittlung des Inhalts des Sicherungsvertrages, der im Verkehr mit diesen Instituten gilt, erleichtern.

Anhang:

- I. Aufstellungen des Statistischen Bundesamtes über die Eintragung von Grundpfandrechten in den Jahren 1950 - 1959

Anzahl der Eintragungen von Grundpfandrechten

im Bundesgebiet

	1950 ¹⁾		1951 ¹⁾		1952 ²⁾		1953 ²⁾		1954 ³⁾		1955 ³⁾		1956 ³⁾		1957 ³⁾	
	Grund- pfand- rechte insgesamt	darunter Grund- schulden	Grund- pfand- rechte insgesamt	darunter Grund- schulden	Grund- pfand- rechte insgesamt	darunter Grund- schulden	Grund- pfand- rechte insgesamt	darunter Grund- schulden	Grund- pfand- rechte insgesamt	darunter Grund- schulden	Grund- pfand- rechte insgesamt	darunter Grund- schulden	Grund- pfand- rechte insgesamt	darunter Grund- schulden	Grund- pfand- rechte insgesamt	darunter Grund- schulden
Echte Realrechte																
Banken und ähnliche Kredit- anstalten 5)	99 542	•	66 983	•	139 867	66 090	190 175	74 320	328 415	123 100	409 514	158 094	366 651	181 553	421 343	224 810
Versicherungen 5)	8 601	•	9 709	•	12 047	430	13 004	466	16 066	521	18 982	594	25 257	905	30 358	1 011
Anstaltendarlehen zusammen	108 143	•	76 692	•	151 914	66 520	203 779	74 786	344 481	123 621	428 496	158 688	391 914	182 458	451 701	225 821
Darlehen aus öffentl. Mitteln	58 047	•	59 816	•	89 001	8 481	80 748	7 523	65 316	8 595	60 495	10 352	65 504	14 258	46 731	10 276
Private Darlehen	23 727	•	30 364	•	44 479	8 361	46 351	11 062	53 190	11 751	53 183	12 184	52 203	12 716	56 483	17 816
Auslandsdarlehen	206	•	368	•	654	41	544	38	620	54	491	31	350	24	291	44
Echte Realrechte zusammen	190 123	•	167 880	•	286 048	83 403	331 772	93 409	463 607	144 266	542 665	181 255	509 971	209 456	555 206	253 957
Sonstige Grundpfandrechte																
Zusatzversicherungen für kurz- mittelfristige Bankkredite	41 596	41 596	30 022 ⁶⁾	30 022	52 332	52 332	90 106	90 106	140 876	140 876	152 324	152 324	•	•	•	•
Sonstige Zusatzversicherungen	44 832	40 121 ⁷⁾	19 538	10 918 ⁷⁾	11 895	10 922	12 753	11 874	19 126	14 248	14 840	14 048	•	•	•	•
Erbaufinanzierungen	22 366	•	19 819	•	18 036	207	15 790	141	15 192	429	13 483	189	12 262	•	46	10 766
Eigentümergrundschulden	7 458	7 458	7 847	7 847	12 015	12 015	12 960	12 960	12 800	12 800	11 875	11 875	•	•	•	•
Sicherungshypotheken	26 124	•	34 123	•	41 898	•	45 826	•	51 634	•	52 423	•	•	•	•	•
darunter für Inhaber- schuldverschreibungen	7	•	4	•	10	•	•	•	3	•	1	•	•	•	•	•
Sonstige Grundpfandrechte zus.	142 376	•	111 349	•	136 176	75 476	177 435	115 081	275 628	168 353	244 945	178 436	•	•	•	•
Grundpfandrechte insgesamt	332 499	•	279 229	•	422 224	158 878	509 207	208 490	739 235	312 619	787 610	358 691	•	•	•	•

1) 6 Länder: Hamburg, Bremen, Nordrhein-Westfalen, Hessen, Rheinland-Pfalz und Bayern.
 2) 7 Länder: Schleswig-Holstein, Hamburg, Niedersachsen, Bremen, Nordrhein-Westfalen, Hessen, Rheinland-Pfalz und Bayern.
 3) 8 Länder: Hamburg, Niedersachsen, Bremen, Nordrhein-Westfalen, Hessen, Rheinland-Pfalz und Bayern.
 4) Einzelne Sparkassen.
 5) Einsehl. Sozialversicherung. - 6) Der Rückgang der Zusatzversicherungen ist z.T. darauf zurückzuführen, daß ab Juli 1951 alle Grundschulden, soweit sie uneingeschrieben sind, langfristiger Kredite dienen, den echten Realrediten zugeordnet werden. - 7) Soweit gesondert nachgewiesen.

(31.10.1958)

Eintragungen von Grundpfandrechten

in Bundesgebiet 2)

(Mitt. 1961)

	1950	1951	1952	1953	1954	1955	1956	1957
	Grundpfandrecht insgesamt	Grundpfandrecht insgesamt	Grundpfandrecht insgesamt	Grundpfandrecht insgesamt	Grundpfandrecht insgesamt	Grundpfandrecht insgesamt	Grundpfandrecht insgesamt	Grundpfandrecht insgesamt
Erste Realrechte								
Banken und sonstige Kreditinstitute 4)	1 771,9	955,8	2 055,8	3 280,9	5 313,5	7 100,1	7 008,3	2 385,5
Versicherungen 5)	188,1	225,4	272,8	445,2	423,0	50,2	565,7	68,9
Verkaufskredite	1 583,9	718,2	2 383,6	3 714,1	5 736,6	7 150,3	7 576,0	2 455,4
Darlehen aus öffentl. Mitteln	877,7	932,7	1 521,8	1 441,9	1 319,6	165,6	1 765,3	197,5
Private Darlehen	180,5	285,6	388,6	529,8	640,6	191,4	687,0	230,3
Auslandsdarlehen	4,0	5,5	11,5	7,0	10,1	1,1	11,0	1,5
Erste Realrechte zusammen	2 428,1	2 365,0	4 260,5	5 692,7	7 705,9	7 448,4	9 440,2	2 884,7
Sonstige Grundpfandrechte								
Zusticherungen für kurz- u. mittelfrist. Bankkredite	608,4	394,4	639,8	1 056,0	1 680,3	1 680,3	1 911,6	1 911,6
Sonst. Zusatzicherungen	461,8	314,4	67,0	122,1	421,6	416,0	222,9	228,3
Ersatzpfandrechte	69,2	55,6	55,9	53,1	56,1	3,2	55,2	2,1
Eigentumsgrundschulden	186,7	381,7	401,2	974,1	1 065,3	1 065,3	1 264,7	1 264,7
Sicherungshypotheken	168,6	181,0	460,4	267,8	368,2	-	368,7	-
Sonstige Grundpfandrechte zusammen	1 334,7	1 187,1	1 664,3	2 473,1	3 572,4	3 773,0	3 693,0	3 405,7
Grundpfandrechte insgesamt	3 920,7	3 552,1	5 924,8	8 165,8	11 278,3	11 221,4	13 133,2	6 290,4

a) Summenziehung durch Runden der Zahlen. 1) Länder: Hamburg, Bremen, Nordrhein-Westfalen, Hessen, Rheinland-Pfalz und Bayern. 2) 8 Länder: Schleswig-Holstein, Hamburg, Niedersachsen, Bremen, Nordrhein-Westfalen, Hessen, Rheinland-Pfalz, Baden-Württemberg und Bayern. 3) Einzelne, Sozialversicherung. 4) Der Rückgang der Zusatzicherungen ist z. T. durch Zurechnungen, die ab Juli 1951 alle Grundschulden, soweit sie uneinverhört zur Sicherung langfristiger Kredite dienen, den ersten Realrechten zugeordnet wurden. 5) Sonst geordnet nachgewiesen. 6) Einzelne, Staatsbanken.

(21.10.58) 3.11.58

Eintragungen von Grundpfandrechten
im Bundesgebiet¹⁾

	1958			1959		
	Grundpfandrechte insgesamt		darunter Grundschulden	Grundpfandrechte insgesamt		darunter Grundschulden
	Anzahl	Betrag (Mill. DM)		Anzahl	Betrag (Mill. DM)	
<u>Echte Realkredite</u>						
Banken und sonstige Kredit- anstalten ²⁾	460 287	8 461,7	255 983	531 433	10 669,5	299 175
Versicherungen ³⁾	23 468	726,1	913	18 446	963,8	966
Anstaltsdarlehen aus.	483 755	9 187,8	256 896	549 879	11 633,3	300 141
Darlehen aus öffentlichen Mitteln	51 846	1 672,1	9 427	55 901	1 946,7	7 874
Private Darlehen	51 462	769,0	16 121	46 507	783,0	15 661
Auslandsdarlehen	237	28,5	38	187	22,0	31
Echte Realkredite insgesamt	587 300	11 657,4	282 482	652 474	14 365,0	323 707
Außerdem:						
Erbaueinandersetzungen	11 289	51,5	37	9 811	49,1	33
Grundpfandrechte insgesamt	598 589	11 708,9	282 519	662 285	14 434,1	323 740
						5 388,2

1) Ohne Schleswig-Holstein, Saarland und Berlin (West). - 2) Einschl. Bausparkassen. - 3) Einschl. Sozialversicherung

II. Wortlaut der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute

1) Allgemeine Geschäftsbedingungen¹⁾

der DEUTSCHEN BANK

(Fassung Juli 1955 - (H) Fzw. 302 6.57)

und der COMMERZBANK

(Fassung Juli 1955 - Vordruck 207 -
Bktr. 755 - Nr. 22 Z u. F)

"Die nachstehenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten für unseren Geschäftsverkehr mit unserer Kundschaft.

Jeder Kunde kann die Allgemeinen Geschäftsbedingungen während der Geschäftsstunden bei der kontoführenden Stelle einsehen, wo sie im Schalterraum aushängen oder ausgelegt sind.

I. Allgemeines.

Das Geschäftsverhältnis zwischen Kunden und Bank ist ein Vertrauensverhältnis. Die Bank stellt ihrem Kunden ihre Geschäftseinrichtungen zur Erledigung verschiedenartigster Aufträge zur Verfügung. Der Kunde darf sich darauf verlassen, daß die Bank seine Aufträge mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns erledigt und dabei das Interesse des Kunden wahrt, soweit sie dazu im Einzelfall imstande ist. Die Mannigfaltigkeit der Geschäftsvorfälle, ihre große Zahl und die Schnelligkeit, mit der sie zumeist erledigt werden müssen, machen die Aufstellung bestimmter allgemeiner Regeln erforderlich, an die sich beide Teile zu halten haben. Nur so können Kunde und Bank wissen, was unter ihnen rechtens ist. Nur so können die beiderseitigen Belange und Risiken sowie die Entgelte des Kunden für Leistungen der Bank in angemessener Weise gegeneinander abgewogen werden.

1. - 18.

19.

(1) Die Bank hat ihren Kunden gegenüber jederzeit Anspruch auf die Bestellung oder Verstärkung bankmäßiger Sicherheiten für alle Verbindlichkeiten, auch soweit sie bedingt oder befristet sind.

(2) Die irgendwie in den Besitz oder die Verfügungsgewalt irgendeiner Stelle der Bank gelangten Wertgegenstände jeder Art (z.B. Wertpapiere, Sammeldepotanteile, Schecks, Wechsel, Devisen, Waren, Konnossemente, Lager- und Ladescheine, Konsortialbeteiligungen, Bezugsrechte und sonstige Rechte jeder Art einschließlich der Ansprüche des Kunden gegen die Bank selbst) dienen, soweit

1) Sie entsprechen den vom Bundesverband des privaten Bankgewerbes entworfenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, letztere abgedruckt bei HOFMANN, Handbuch des gesamten Kreditwesens, S.629 ff.

gesetzlich zulässig, als Pfand für alle - auch bedingten oder befristeten - Ansprüche der Bank gegen den Kunden und seine Firma, gleichviel, aus welchem Grunde diese entstanden oder auf die Bank übergegangen sind. Es macht keinen Unterschied, ob die Bank den mittelbaren oder unmittelbaren Besitzer, die tatsächliche oder rechtliche Verfügungsgewalt über die Wertgegenstände erlangt hat.

(3) Im Ausland ruhende Wertpapiere unterliegen dem Pfandrechte nicht. Das gleiche gilt für ausländische, im Inland ruhende Wertpapiere, für die eine deutsche Wertpapiersteuer nicht entrichtet ist; die Bank ist jedoch berechtigt, sie zu Lasten des Kunden zu versteuern; dadurch werden sie dem Pfandrechte unterworfen.

(4) Die verpfändeten Werte, ebenso alle sicherungsweise übereigneten Sachen und abgetretenen Rechte haften auch dann für sämtliche Forderungen, wenn sie der Bank als Sicherheit nur für eine besondere Forderung gegeben worden sind, es sei denn, daß die Haftung für andere Forderungen ausdrücklich ausgeschlossen worden ist.

(5) Die Bank kann ferner ihr obliegende Leistungen an den Kunden wegen eigener Ansprüche zurückbehalten, auch wenn diese befristet oder bedingt sind oder nicht auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen.

(6) Über die Erhaltung und Sicherung aller der Bank als Sicherheit dienenden Sachen und Rechte sowie über den Einzug der ihr haftenden Forderungen, Grund- und Rentenschulden hat der Kunde selbst zu wachen und die Bank entsprechend zu unterrichten.

(7) Die Bank ist verpflichtet, auf Verlangen des Kunden Sicherungsgegenstände nach ihrer Wahl freizugeben, soweit der Wert des Sicherungsgutes die vereinbarte Deckungsgrenze nicht nur vorübergehend überschreitet.

20.

(1) Kommt der Kunde seinen Verbindlichkeiten bei Fälligkeit nicht nach oder gerät er mit der Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten in Verzug, so ist die Bank befugt, die Sicherheiten ohne gerichtliches Verfahren unter tunlichster Rücksichtnahme auf den Kunden zu beliebiger Zeit an einem ihr geeignet erscheinenden Ort auf einmal oder nach und nach zu verwerten. Unter mehreren Sicherheiten hat die Bank die Wahl. Sie darf zunächst aus dem sonstigen Vermögen des Kunden Befriedigung suchen.

(2) Einer Androhung der Verwertung, der Innehaltung einer Frist und der Ausbedingung sofortiger Barzahlung des Kaufpreises bedarf es nicht. Eine Abweichung von der regelmäßigen Art des Pfandverkaufs kann nicht verlangt werden. Die Bank wird nach Möglichkeit Ort, Zeit und Art der Verwertung mitteilen, ohne aber eine Verpflichtung hierzu zu übernehmen.

21.

(1) Pfänder, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, darf die Bank börsen- oder marktmäßig, andere Pfänder durch öffentliche Versteigerung verwerten. Der Verpfänder ist nicht berechtigt, die Herausgabe von Zins- und Gewinnanteilscheinen der als Pfand haftenden Wertpapiere zu verlangen. Die Bank darf diese Scheine auch vor Fälligkeit ihrer Forderung verwerten und den Erlös als Sicherheit behandeln.

(2) Die Bank darf die ihr als Pfand haftenden Forderungen, Grund- und Rentenschulden schon vor Fälligkeit ihrer Forderung kündigen und einziehen. Der Kunde ist verpflichtet, auf Verlangen der Bank die Zahlung an die Bank auf seine Kosten zu betreiben. Beim Einzug darf die Bank ohne vorherige Befragung des Kunden alle Maßnahmen und Vereinbarungen mit den Drittschuldnern treffen, die sie zur Eintreibung von Forderungen für zweckmäßig hält, insbesondere Stundungen oder Nachlässe gewähren und Vergleiche abschließen. Eine Verpflichtung zum Einzug sowie eine Haftung für seine Durchführung übernimmt die Bank nicht.

(3) Zur Sicherung übertragene Sachen und Rechte darf die Bank nach bestem Ermessen, insbesondere auch freihändig verwerten. Grund- und Rentenschulden wird die Bank freihändig mangels Zustimmung des Sicherheitsbestellers nur zusammen mit der gesicherten Forderung und nur in einer im Verhältnis zu ihr angemessenen Höhe verkaufen. Im übrigen gelten die Bestimmungen des Abs. 2) entsprechend.

22.

1.) Kosten und Auslagen, die bei der Bestellung, Verwaltung und Verwertung von Sicherheiten sowie durch die Inanspruchnahme von Mitverpflichteten erwachsen, wie Lagergelder, Kosten der Beaufsichtigung, Versicherungsprämien, Vermittlerprovisionen und Prozeßkosten, gehen zu Lasten des Kunden.

23 ff."

2) Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der folgenden Kreditinstitute entsprechen den vorstehend gebrachten Allgemeinen Geschäftsbedingungen bis auf folgende Punkte:

a) DRESDNER BANK: Fassung Juli 1955 - Allg. 1601 2891 a/6400 5.58 unter 1. Allgemeines: statt: die Entgelte des Kunden für Leistungen der Bank
wie folgt: "... die Entgelte des Kunden und die Leistungen der Bank".

b) Gewerbliche Kreditgenossenschaften (VOLKSBANKEN):

Fassung Januar 1956 - Nr. 121/005 DGV Wiesbaden 11.55

Abs. 7) von Ziffer 19 hat folgenden Wortlaut:

"Die Bank ist verpflichtet, auf Verlangen des Kunden Sicherheiten nach ihrer Wahl freizugeben, die sie zur Sicherung ihre Ansprüche nicht benötigt."

3) Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der SPARKASSEN
(Fassung November 1957 - XI/57 - 8210 - Deutscher Sparkassen-
verlag):

"Die Aufstellung allgemeiner Regeln, die das Geschäftsverhältnis zwischen der SPARKASSE und ihrer Kundschaft einheitlich bestimmen, verfolgt den Zweck, klare Rechtsverhältnisse zu schaffen. Der Kunde erfährt hierdurch, unter welchen Voraussetzungen und zu welchen Bedingungen die SPARKASSE mit ihm in geschäftliche Verbindung zu treten und seine Aufträge auszuführen bereit ist; er kann sich dementsprechend einrichten. Für die SPARKASSE bedeutet es eine Vereinfachung ihres Geschäftsverkehrs, wenn sie gleichartige Geschäftsvorfälle sämtlichen Kunden gegenüber nach einheitlichen Grundsätzen abwickeln darf. So dienen die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen" der Sicherheit des Rechtsverkehrs und damit dem beiderseitigen Interesse an einer gedeihlichen Entwicklung der geschäftlichen Beziehungen; sie sind daher besonders dazu geeignet, das Geschäftsverhältnis zu einem Vertrauensverhältnis zu gestalten.

A. Allgemeines

I. - II.

III. Pfand- und Sicherungsrechte

1. - 18.

19. Art und Umfang der Sicherheiten

(1) Wertgegenstände jeder Art, die im Laufe der Geschäftsverbindung durch den Kunden oder für seine Rechnung durch Dritte in den unmittelbaren oder mittelbaren Besitz oder sonst in die Verfügungsmacht irgendeiner Stelle der SPARKASSE gelangen (z.B. Wertpapiere einschließlich der Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine, Sammeldepotanteile, Bezugsrechte, Schecks, Wechsel, Devisen, Waren, Konnossemente, Lager- und Ladescheine, Konsortialbeteiligungen, Hypotheken, Grund- und Rentenschulden und sonstige Rechte jeder Art, einschließlich der Ansprüche des Kunden gegen die SPARKASSE selbst) dienen, soweit gesetzlich zulässig, als Pfand für alle bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Ansprüche der SPARKASSE gegen den Kunden und seine Firma, gleichviel auch welchem Grunde diese Ansprüche entstanden oder auf die SPARKASSE übergegangen sind. Unter den gleichen Voraussetzungen und zu dem gleichen Zweck gelten Forderungen des Kunden gegen Dritte als an die SPARKASSE abgetreten, sofern über die Forderungen ausgestellte Urkunden in die Verfügungsmacht der SPARKASSE gelangen.

(2) Im Ausland ruhende Wertpapiere unterliegen vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarung dem Pfandrecht nicht. Das gleiche gilt für ausländische, im Inland ruhende Wertpapiere, für die eine deutsche Wertpapiersteuer nicht entrichtet ist; die SPARKASSE ist jedoch berechtigt, die Wertpapiere zu Lasten des Kunden zu versteuern; dadurch werden sie dem Pfandrecht unterworfen.

(3) Verpfändete sowie zur Sicherung übertragene Gegenstände haften auch dann für sämtliche Forderungen der SPARKASSE, wenn sie dieser als Sicherheit nur für bestimmte Forderungen oder für Forderungen bestimmter Art gegeben worden sind, es sei denn, daß die Haftung

für andere Forderungen ausdrücklich ausgeschlossen worden ist.

(4) Über die Erhaltung und Sicherung aller der SPARKASSE als Sicherheit dienenden Gegenstände sowie über den Einzug der ihr haftenden Forderung, Grund- und Rentenschulden hat der Kunde selbst zu wachen und die SPARKASSE entsprechend zu unterrichten.

(5) Die SPARKASSE kann von dem Kunden jederzeit die Bestellung geeigneter oder die Verstärkung bestehender Sicherheiten für alle Ansprüche verlangen, auch soweit sie bedingt oder befristet sind. Die SPARKASSE ist andererseits verpflichtet, auf Verlangen des Kunden Sicherungsgegenstände nach ihrer Wahl freizugeben, soweit sie diese nach ihrem billigen Ermessen nicht mehr benötigt.

(6) Soweit nicht zwingende gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen, kann die SPARKASSE ihr obliegende Leistungen an den Kunden und seine Firma wegen eigener Ansprüche zurückbehalten, auch wenn diese Ansprüche befristet oder bedingt sind oder nicht auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen.

20. Verwertung der Sicherheiten

(1) Wenn der Kunde seinen Verbindlichkeiten bei Fälligkeit nicht nachkommt oder mit der Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten (Nr. 19 Abs. 5 Satz 1) in Verzug gerät, ist die SPARKASSE berechtigt, die Sicherheiten ohne gerichtliches Verfahren unter tunlichster Rücksichtnahme auf den Kunden zu beliebiger Zeit an einem ihr geeignet erscheinenden Ort auf einmal oder nach und nach zu verwerten. Unter mehreren Sicherheiten hat die SPARKASSE die Wahl. Sie darf zunächst aus dem sonstigen Vermögen des Kunden Befriedigung suchen.

(2) Einer Androhung der Verwertung, der Innehaltung einer Frist und der Ausbedingung sofortiger Barzahlung des Kaufpreises bedarf es nicht. Eine Abweichung von der regelmäßigen Art des Pfandverkaufs kann nicht verlangt werden. Die SPARKASSE wird nach Möglichkeit Ort, Zeit und Art der Verwertung mitteilen, ohne aber eine Verpflichtung zu übernehmen.

(3) Pfänder, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, darf die SPARKASSE freihändig durch einen zu solchen Verkäufen ermächtigten Handelsmakler zum laufenden Preis verkaufen; andere Pfänder sind öffentlich zu versteigern. Der Verpfänder ist nicht berechtigt, die Herausgabe von Zins- und Gewinnanteilscheinen der als Pfand haftenden Wertpapiere zu verlangen. Die SPARKASSE darf diese Scheine auch vor Fälligkeit ihrer Forderung verwerten und den Erlös als Sicherheit behandeln.

(4) Die SPARKASSE darf die ihr als Pfand haftenden Forderungen, Hypotheken, Grund- und Rentenschulden schon vor Fälligkeit ihrer Forderung kündigen und einziehen. Der Kunde ist verpflichtet, auf Verlangen der SPARKASSE die Zahlung an die SPARKASSE auf seine Kosten zu betreiben. Beim Einzug darf die SPARKASSE ohne vorherige Befragung des Kunden alle Maßnahmen und Vereinbarungen mit Drittschuldnern treffen, die sie zur Eintreibung von Forderungen für zweckmäßig hält, insbesondere Stundungen oder Nachlässe gewähren und Vergleiche abschließen. Eine Verpflichtung zum Einzug sowie eine Haftung für seine Durchführung übernimmt die SPARKASSE nicht.

(5) Zur Sicherung übertragene Gegenstände darf die SPARKASSE nach ihrem Ermessen, insbesondere auch freihändig verwerten. Grund- und Rentenschulden wird die SPARKASSE, falls der Sicherungsgeber nicht einem abweichenden Verfahren zustimmt, auf freihändigem Weg nur zusammen mit der gesicherten Forderung und nur in einer im Verhältnis zu ihr angemessenen Höhe verkaufen. Im übrigen gelten die Bestimmungen des Absatzes 4) entsprechend.

21. Prüfung der Sicherheiten

Die SPARKASSE ist berechtigt, sich auf Kosten des Kunden alle Unterlagen zu beschaffen, die sie zur Prüfung der Sicherheiten für erforderlich hält; dazu zählen insbesondere Gutachten vereidigter Sachverständiger und der Preisbehörde für den Grundstücksverkehr, beglaubigte Grundbuchabschriften, beglaubigte Auszüge aus dem Liegenschaftsbuch und dem Gebäudebuch, Grenzbescheinigungen der Katasterbehörde, beglaubigte Abzeichnungen der Katasterkarte sowie Unterlagen über den Versicherungsschutz. Die Gutachten werden Eigentum der SPARKASSE.

22. Kosten und Auslagen

Kosten und Auslagen, die bei der Bestellung, Verwaltung und Verwertung von Sicherheiten sowie durch die Inanspruchnahme von Mitverpflichteten erwachsen (z.B. Lagergelder, Kosten der Beaufsichtigung, Versicherungsprämien, Provisionen und Prozeßkosten) einschließlich der dadurch begründeten steuerlichen Verpflichtungen gehen zu Lasten des Kunden.

23. ff."

- 4) Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verbandes der ländlichen Genossenschaften (RAIFFEISEN)
(Form. 154 - 6. 58)

"I. Allgemeines

1. - 24.

25.

(1) Die irgendwie in den Besitz oder in die Verfügungsgewalt der Spar- und Darlehnskasse gelangten oder ihr übertragenen Wertgegenstände jeder Art (z.B. Wertpapiere, Sammeldepotanteile, Schecks, Wechsel, Devisen und Forderungen jeder Art) dienen, soweit nicht zwingende gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, als Pfand für alle Ansprüche der Spar- und Darlehnskasse gegen den Kunden. Es macht hierbei keinen Unterschied, ob die Spar- und Darlehnskasse den mittelbaren oder unmittelbaren Besitz, die tatsächliche oder rechtliche Verfügungsgewalt über die Wertgegenstände erlangt hat. Auch bedingte oder befristete Forderungen der Spar- und Darlehnskasse gegen den Kunden werden durch die Pfandhaltung gesichert. Aus welchem Grunde die gesicherten Forderungen entstanden oder auf die Spar- und Darlehnskasse übergegangen sind, ist gleichgültig.

(2) Diese Werte, ebenso alle durch besonderen Pfandvertrag verpfändeten oder sicherungsweise übereigneten Gegenstände oder abgetretenen Rechte, haften auch dann für sämtliche Forderungen, wenn sie der Spar- und Darlehnskasse als Sicherheit nur bezüglich einer Einzelforderung gegeben worden sind, es sei denn, daß die Haftung für andere Forderungen ausdrücklich ausgeschlossen worden ist.

(3) Die Spar- und Darlehnskasse kann ferner ihr obliegende Leistungen an den Kunden wegen eigener Forderungen zurückbehalten, auch wenn diese befristet oder bedingt sind oder nicht auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen.

26.

Die Erhaltung und Sicherung aller der Spar- und Darlehnskasse als Sicherheit dienenden Sachen und Rechte sowie den Einzug der ihr haftenden Forderungen, Geld- und Rentenschulden, hat der Kunde selbst zu überwachen und die Spar- und Darlehnskasse entsprechend zu unterrichten.

27.

(1) Die Verwertung der Pfänder (Ziffer 25, 1) erfolgt nach bestem Ermessen, sobald der Kunde in Verzug geraten ist. Für die Verwertung finden die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung, jedoch mit der Maßgabe, daß es der vorherigen Androhung des Pfandverkaufs und der Benachrichtigung des Verpfänders nicht bedarf. § 1238 BGB findet keine Anwendung. Den Ort der Versteigerung setzt die Spar- und Darlehnskasse fest.

(2) Die als Pfand haftenden Forderungen, Hypotheken, Grund- und Rentenschulden darf die Spar- und Darlehnskasse vor der Fälligkeit ihrer Ansprüche und ohne Zustimmung des Verpfänders kündigen und einziehen. Die Spar- und Darlehnskasse darf ohne Befragung des Verpfänders mit Drittschuldnern und Sicherungsgebern alle Maßnahmen zur Einziehung von Forderungen treffen; sie kann Nachlässe gewähren und Vergleiche abschließen. Eine Haftung für den Eingang des Gegenwertes der Pfänder übernimmt die Spar- und Darlehnskasse nicht.

28. (3)

29.

Kosten und Auslagen, die durch Bestellung, Verwaltung und Verwertung von Sicherheiten sowie Inanspruchnahme von Mitverpflichteten erwachsen, wie Lagergelder, Kosten der Beaufsichtigung, Versicherungsprämien, Vermittlerprovisionen und Prozeßkosten gehen zu Lasten des Kunden.

30. ff."

III. Wortlaut der Formulare der Kreditinstitute über die Sicherungszweckerklärung.

1) DEUTSCHE BANK

Formular (W) Fzw 253 I 57

"Erklärung über den Sicherungszweck einer Grundschild

An DEUTSCHE BANK AG

Ich/Wir habe(n) / werde(n) Ihnen eine Grundschild von DM abgetreten/bestellen/abtreten, die im Grundbuch von ... Amtsgericht ... Band ... Blatt ... in ... Abt. III unter lfd. Nr. ... zu Lasten des dort verzeichneten, in ... belegenen Grundbesitzes eingetragen ist / eingetragen werden soll. Diese Grundschild dient als Sicherheit für alle gegenwärtigen und künftigen - auch bedingten oder befristeten - Ansprüche, die Ihnen oder einer anderen Niederlassung der DEUTSCHEN BANK AKTIENGESellschaft gegen mich / uns oder gegen ... zustehen und zustehen werden, gleichviel aus welchem Grunde diese Ansprüche entstanden oder auf die Bank übergegangen sein mögen. Für die Verzinsung der durch die Grundschild gesicherten Forderungen sind - unabhängig von den eingetragenen Grundschildzinsen - die vereinbarten, gegebenenfalls die banküblichen Zinssätze maßgeblich. Sie können verlangen, daß Ihnen alle Auskünfte, Nachweise und Urkunden erteilt werden, die Sie nach Ihrem Ermessen bei der Verwaltung oder Verwertung der Grundschild benötigen. Sie dürfen solche Auskünfte, Nachweise und Urkunden auch bei Behörden, Versicherungsgesellschaften oder sonstigen Dritten einholen; die Ihnen hierdurch entstehenden Kosten gehen zu meinen / unseren Lasten.

Sie sind berechtigt, durch Ihre Beauftragten jederzeit den belasteten Grundbesitz, die aufstehenden Gebäude und Anlagen sowie das Zubehör besichtigen zu lassen und in alle, den belasteten Grundbesitz betreffenden Unterlagen Einblick zu nehmen. Befindet sich einer der Schuldner der gesicherten Ansprüche in Verzug, so dürfen Sie den belasteten Grundbesitz mit Gebäuden, Anlagen und Zubehör auch durch Kaufinteressenten besichtigen lassen.

Alle Zahlungen werden ausschließlich auf die durch die Grundschild gesicherten Ansprüche verrechnet; eine Verrechnung auf Zinsen und Kapital der Grundschild erfolgt nur, wenn hierüber mit Ihnen eine besondere schriftliche Vereinbarung getroffen worden ist.

Wenn einer der Schuldner der durch die Grundschild gesicherten Ansprüche in Verzug gerät, sind Sie berechtigt, sich wegen aller durch die Grundschild gesicherten Ansprüche aus dem / den belasteten Grundstück(en) zu befriedigen oder die Grundschild selbst nach Ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verwerten. Bis zur vollständigen Erledigung aller gesicherten Ansprüche dürfen Sie die Erlöse aus der Grundschild als Sicherheit an Stelle der Grundschild behandeln; aus dieser Sicherheit dürfen Sie sich jederzeit wegen der gesicherten Ansprüche befriedigen. Nach Erledigung aller gesicherten Ansprüche haben Sie die Grundschild, soweit sie von Ihnen nicht in Anspruch genommen worden ist, an mich / uns oder auf meinen / unseren Wunsch an einen Dritten abzutreten oder Löschungsbewilligung zu erteilen. Der Anspruch auf Abtretung oder Löschung der Grundschild kann nur mit Ihrer Zustimmung abgetreten oder verpfändet werden.

Diese Erklärung bleibt unverändert in Kraft, auch wenn bei einer Firma, für deren Verbindlichkeiten die Grundschuld als Sicherheit dient, ein Wechsel der Inhaber oder eine Änderung der Rechtsform erfolgt.

Im übrigen gelten Ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

...

Zustimmungserklärung des Grundstückseigentümers)

Der obigen Erklärung stimme(n) ich / wir als Eigentümer des mit der Grundschuld belasteten Grundbesitzes in allen Teilen zu.

...

-) Diese Erklärung braucht nur unterschrieben zu werden, wenn der Bank eine Fremdgrundschuld abgetreten wird, wenn der Abtretende also nicht oder nicht allein Eigentümer des belasteten Grundbesitzes ist. In diesem Falle ist die Erklärung von dem im Grundbuch eingetragenen Grundstückseigentümer - gegebenenfalls von sämtlichen Grundstückseigentümern - zu unterschreiben."

2) DRESNER BANK

a) Formular Allg. 1605 a 2/11.57

"An die DRESDNER BANK Aktiengesellschaft ...

Ich / Wir werde(n) Ihnen eine Grundschuld/Hypothek von DM ... nebst ... % Zinsen auf dem Grundstück ... Grundbuch des Amtsgerichts ... Bezirk ... Bd. ... Bl. Nr. ... Abt. III Nr. ... bestellen / abtreten.

Für diese Grundschuld/Hypothek nebst Zinsen dient Ihnen als Sicherheit wegen aller Ihrer Ansprüche, die Ihnen oder irgendeiner anderen Niederlassung Ihres Instituts gegen mich / uns aus der Geschäftsverbindung, insbesondere Kreditgewährung, aus Wechseln, Bürgschaften oder aus einem sonstigen Rechtsgrunde gegenwärtig zustehen oder noch erwachsen werden.

Solange ich / wir Ihnen aus der Geschäftsverbindung noch etwas schulde(n), bin ich / sind wir nicht befugt, ohne Ihre Zustimmung eine Zahlung auf die Grundschuld/Hypothek zu verrechnen, vielmehr steht es Ihnen frei, alle meine / unsere Leistungen zunächst auf die Ansprüche Ihrer Gesamtbank nach Ihrer Wahl anzurechnen.

Wenn in der Person des Inhabers oder der Inhaber oder in den Rechtsverhältnissen meiner / unserer Firma eine Änderung eintritt, so wird dadurch Ihr Recht zur Inanspruchnahme der Grundschuld/Hypothek auch für Ihre nach Eintritt dieser Änderung entstehenden Forderungen nicht berührt.

....."

b) Formular Allg. 1605 b 2/11.57

"An die DRESDNER BANK Aktiengesellschaft ...

Ich/wir werde(n) Ihnen eine Grundschuld/Hypothek von DM ... nebst ... % Zinsen auf dem Grundstück Grundbuch des Amtsgerichts ... Bezirk ... Bd. ... Bl. Nr. ... Abt. III Nr. ... bestellen/abtreten.

Für diese Grundschild/Hypothek sollen folgende Bestimmungen gelten:

1. Die Grundschild/Hypothek nebst Zinsen dient Ihnen als Sicherheit wegen aller Ihrer Ansprüche, die Ihnen oder irgendeiner anderen Niederlassung Ihres Instituts gegen ... aus der Geschäftsverbindung, insbesondere Kreditgewährung, aus Wechseln, Bürgschaften oder aus einem sonstigen Rechtsgrunde gegenwärtig zustehen oder noch erwachsen werden.
2. Ergibt sich die Notwendigkeit, die Grundschild/Hypothek gemäß den ihr zugrundeliegenden Bedingungen oder aus sonstigen Zweckmäßigkeitsgründen schon vor Fälligkeit Ihrer Forderungen geltend zu machen, dann sind Sie hierzu berechtigt. In diesem Falle tritt der Erlös an die Stelle der Grundsicherheit.
3. Ich / Wir werde(n) keine Einwendungen gegen diejenigen Maßnahmen erheben, die Sie bei Geltendmachung Ihrer Forderungen für zweckmäßig erachten werden. Insbesondere soll die Ihnen mit der Grundschild/Hypothek gestellte Sicherheit auch bestehen bleiben, falls Sie den / de... Schuldner ... bewilligten oder zu bewilligenden Kredit beliebig abändern oder Sicherheiten, jeder Art oder Vorzugsrechte für Ihre Forderungen aufgeben oder einem gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleich zwischen de... Schuldner.. und ... Gläubigern zustimmen.
4. Wenn in der Person des Inhabers oder der Inhaber oder in den Rechtsverhältnissen der Firma eine Änderung eintritt, so wird dadurch Ihr Recht zur Inanspruchnahme der Grundschild/Hypothek auch für Ihre nach Eintritt dieser Änderung entstehenden Forderungen nicht berührt.
5. Nach Erledigung Ihrer sämtlichen Forderungen haben Sie die nicht in Anspruch genommene Grundschild/Hypothek an mich / uns oder auf meinen / unseren Wunsch an einen Dritten abzutreten oder Löschungsbewilligung zu erteilen.

....."

3) COMMERZBANK

Formular 374 Z u.F. / 71023

"An COMMERZBANK Aktiengesellschaft

Haftungsrevers an dem / den Grundstück(en) verzeichnet im Grundbuch von ... Abteilung III Nr. ... bestellte(n)/abgetretene(n) Grundschild(en) / Hypothek(en) von DM ... nebst Zinsen dient / dienen zur Sicherung aller Forderungen, die Ihnen oder einer anderen Geschäftsstelle Ihrer Bank gegen und dessen /deren Rechtsnachfolger und Inhaber aus der Geschäftsverbindung mit Ihnen oder aus einem sonstigen Rechtsgrunde gegenwärtig zustehen oder noch erwachsen werden, oder die aus irgendeinem Rechtsgrunde auf Sie übergegangen sind und noch übergehen werden, ferner zur Sicherung aller Ihrer Ansprüche gegen Dritte aus der Mithaft für die vorbezeichneten Forderungen.

Die gesicherten Kredite sind nicht zu den bei diese... Grundpfandrech(en) eingetragenen Sätzen, sondern zu den jeweils mit Ihnen bei der Kreditgewährung vereinbarten Sätzen zu verzinsen.

Sie sind berechtigt, alle Ihnen zur Überprüfung des/der vorbezeichneten Grundpfandrecht... erforderlich erscheinenden Maßnahmen zu treffen, insbesondere den Grundbesitz durch von Ihnen zu bestimmende Sachverständige und/oder Interessenten besichtigen und abschätzen zu lassen, sowie sich von Grundbuchämtern, Notariaten, Steuerbehörden und sonstigen Behörden alle Ihnen notwendig und zweckdienlich erscheinenden Aufschlüsse, die den belasteten Grundbesitz betreffen, erteilen zu lassen. Sie können u.a. sich jederzeit über die Höhe des (zur Zeit DM ... betragenden) Einheitswertes des belasteten Grundbesitzes sowie über die Höhe der auf dem Grundbesitz lastenden Steuern und Steuerrückstände bei der zuständigen Behörde erkundigen.)

Meine/Unsere Tilgungsleistungen gelten als Zahlungen auf die gesicherte Forderung.²⁾

Sie sind berechtigt, sich wegen Ihrer Forderungen, sobald ich /wir die obige Firma Ihnen gegenüber in Verzug kommen, auf Grund des / der vorbezeichneten Grundpfandrecht... aus dem belasteten Grundbesitz zu befriedigen. Sie sind auch berechtigt, das / die Grundpfandrecht(e) selbst nach Ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verwerten.

Nach Erlöschen Ihrer sämtlichen Forderungen haben Sie das / die nicht in Anspruch genommene(n) Grundpfandrecht(e) an mich / uns oder an einen von mir / uns zu benennenden Dritten abzutreten oder auf meinen / unseren Wunsch die Löschung des / der Grundpfandrecht(e) zu bewilligen.

Bis Sie wegen Ihrer sämtlichen Forderungen befriedigt sind, sollen Sie befugt sein, die Eingänge aus dem / den Grundpfandrecht... als bare Sicherstellung zu behandeln, unbeschadet Ihres Rechts, sich jederzeit daraus zu befriedigen.

Sie sind berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Zinsen des / der Grundpfandrecht... vom Grundstückseigentümer einzuziehen.

-
- 1) Dieser Absatz gilt nur, wenn der Unterzeichnete des Revers zugleich Grundstückseigentümer ist.
 - 2) Dieser Absatz gilt nur, wenn der Unterzeichner des Revers zugleich Grundstückseigentümer und Kreditnehmer ist."

4) Gewerbliche Kreditgenossenschaften (VOLKSBANKEN)

a) Formular Nr. 128/268 DGV 10.60

"Zweckerklärung für Grundschulden

Auf dem Grundbesitz des/ der ... eingetragen im Grundbuch des Amtsgerichts in ... von ... Bd. ... Bl. ... Best.Verz.lfd. Nr. ... ist / wird in Abt. III zu Gunsten ... (Bank) eine Grundschuld im Betrage von DM ... eingetragen.

Diese Grundschuld, nebst allen Nebenrechten, wie Zinsen usw., soll zur Sicherstellung aller gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung, insbesondere

aus laufender Rechnung, Darlehn, Wechsel, Abtretung oder Bürgschaft der Bank gegen mich / uns, den / die ... (Kreditnehmer) dienen; und zwar auch dann, wenn die Grundschild an eine andere Bank abgetreten ist.

Die Bank ist berechtigt, sich wegen aller ihrer Forderungen, gleichgültig, ob diese in unmittelbarem Geschäftsverkehr oder durch Abtretung entstehen oder entstanden sind, auf Grund dieser Grundschild aus dem Grundstück zu befriedigen oder die Grundschild selbst nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank zu verwerten.

Sämtliche Zahlungen, die aus irgend einem Grunde an die Bank geleistet werden, sind nicht auf die Grundschild, sondern auf die durch die Grundschild gesicherten persönlichen Forderungen zu verrechnen.

Die der Bank mit der Grundschild bestellte Sicherheit bleibt auch bestehen, falls der Kredit, für den die Grundschild bestellt ist, aus irgend einem Grunde geändert wird, falls andere Sicherheiten jeder Art oder Vorzugsrechte für die Forderung von der Bank aufgegeben werden oder einem Vergleich zwischen dem Kreditnehmer und dessen Gläubigern von der Bank zugestimmt wird.

Wenn in der Person - der Firma - des Kreditnehmers oder des Grundstückseigentümers eine Änderung eintritt, so wird dadurch das Recht der Bank zur Inanspruchnahme der Grundschild auch für die nach Eintritt dieser Änderung entstehenden Forderungen nicht berührt.

Für die Verzinsung des Kredits sind nicht die in der Grundschild angegebenen, sondern die banküblichen Zinssätze maßgebend.

.....

Ergänzend gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank.

....."

b) Formular Nr. 128/265 DGV 3.60

"Bestellung einer Briefgrundschild (mit dinglicher und persönlicher Zwangsvollstreckungsklausel)

.....

I. Grundschildbestellung

.....

Den Anspruch auf Übertragung der im Grundbuche von Bd. ... Bl. ... Abt. III Nr. ... eingetragenen Grundschilden, auch soweit dieser Anspruch bedingt ist oder erst künftig entsteht, trete(n) ich / wir hiermit an die Gläubigerin ab. Ich / wir übergebe(n) der Gläubigerin Abtretungsanzeigen, die sie jederzeit den Grundschildgläubigern übersenden kann.

.....

III. Schlußbestimmungen

Der / Die Erschienene(n) zu ... erklärte(n):

Die Grundschild und die unter I. genannten Rechte dienen zur Sicherung aller gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen der genannten Gläubigerin gegen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung, insbesondere aus laufender Rechnung, Darlehen, Wechseln, Abtretung oder Bürgschaft. Ich/Wir habe(n) mit der Gläubigerin vereinbart, daß Zahlungen, die von mir / uns aus irgend einem Grunde an die Gläubigerin geleistet werden, auf die der Gläubigerin zustehenden persönlichen Forderungen, nicht aber auf die Grundschild oder das Schuldanerkenntnis geleistet und angerechnet werden.

....."

5) Verband der ländlichen Genossenschaften (RAIFFEISEN)

Formular K 40 - FA 58/7582/61

"Verwendungszweckerklärung für eine zur Sicherung von Verbindlichkeiten bestellte Grundschild.¹⁾

An d... .. e.G.m.b.H. in ...

Die im Grundbuche von ... Band ... Blatt ... in Abtl. III unter lfd. Nr. ... in Höhe von DM ... eingetragene Grundschild steht Ihnen als Grundschildgläubigerin zu.

Diese Grundschild nebst Zinsen soll zur Sicherheit für alle Forderungen, Rechte und Ansprüche dienen, welche Ihnen nach Maßgabe Ihrer mir / uns bekannten Allgemeinen Geschäftsbedingungen aus Kreditgewährungen, Darlehen, Bürgschaften, Wechseln, Abtretungen, Pflichteinzahlungen auf Geschäftsanteile, Kauf, Sicherungsvertrag oder aus irgendeinem sonstigen Grunde gegen ... (Schuldner) ²⁾ zustehen oder noch erwachsen werden.

Handelt es sich bei dem Schuldner um ein Unternehmen, so dient die Grundschild zur Sicherung Ihrer oben genannten Forderungen und Ansprüche gegen das Unternehmen in der jetzigen oder einer anderen Rechtsform sowie gegen dessen jeweiligen Inhaber und Rechtsnachfolger.

Sie sind berechtigt, sich wegen Ihrer obengenannten Forderungen und Ansprüche auf Grund dieser Grundschild aus dem Grundstück zu befriedigen und die Grundschild selbst nach Ihrer Wahl zu verwerten, insbesondere durch freihändigen Verkauf, Abtretung oder Verpfändung an Dritte. Für die Höhe Ihrer jeweiligen, durch die Grundschild gesicherten Forderungen soll der von Ihnen aufgestellte Kontoauszug bis zum Beweis der Unrichtigkeit maßgebend sein.

Für den Eingang des Grundschildbetrages nebst Zinsen und Kosten übernehme... ich/wir hiermit die persönliche Haftung, aus der Sie

- 1) Sind mehrere Grundschilden bestellt, so ist für jede Grundschild eine besondere Verwendungszweckerklärung auszustellen.
- 2) Ausfüllung dieser Zeile besonders sorgfältig vornehmen. Sind Grundstückseigentümer und Schuldner die gleiche Person, so ist hier nur das Wort "mich" einzutragen. Andernfalls ist hier der Schuldner in unmißverständlicher Weise genauestens zu bezeichnen.

mich / uns schon vor Vollstreckung in das Grundstück in Anspruch zu nehmen berechtigt sind.

Meine / Unsere Verpflichtungen aus der Grundschild bleiben unberührt, wenn Sie Sicherheiten, gleich welcher Art, oder Vorzugsrechte für Ihre Forderungen und Ansprüche aufgeben oder einem Vergleich zwischen dem Hauptschuldner und seinen Gläubigern zustimmen.

Zahlungen, die von mir / uns oder meinen / unseren Rechtsnachfolgern aus irgendeinem Grunde an Sie geleistet werden, sollen nicht auf die Grundschild angerechnet werden, bewirken also keinen Übergang der Grundschild auf den Eigentümer.

Solange Ihre obenbezeichneten Forderungen, Rechte und Ansprüche nicht völlig getilgt sind und nicht feststeht, daß weitere nicht mehr entstehen können, kann von Ihnen weder die Umschreibung noch die Löschung der Grundschild verlangt werden. Sobald dies aber der Fall ist, haben Sie mit der Grundschild nach den Wünschen des jeweiligen Grundstückseigentümers zu verfahren; diesem steht das Recht zu, zu bestimmen, was mit der Grundschild künftig geschehen soll.

Hiermit trete... ich / wir alle gegenwärtigen und künftigen, bedingten und unbedingten Ansprüche, seien sie vertraglichen oder gesetzlichen (§§ 812 ff. BGB) Ursprungs, gegen die Gläubiger im Range vorgehender oder gleichstehender Grundschilden,

- a) auf ganze oder teilweise Rückübertragung dieser Grundschilden nebst Zinsen im Falle des gänzlichen oder teilweisen Freiwerdens als Sicherheit für die zugrundeliegenden persönlichen Schuldverhältnisse,
- b) auf Herausgabe der Grundschildbriefe bzw. auf deren Vorlegung beim Grundbuchamt zwecks Ausfertigung von Teilgrundschildbriefen,
- c) auf Abrechnung der zugrundeliegenden Schuldverhältnisse und Herausgabe der im Fall der Veräußerung oder der Zwangsversteigerung des Grundstücks erzielten Übererlös bzw. Unterschiedsbeträge zwischen den dinglichen Rechten und den tatsächlich bestehenden persönlichen Forderungen,
- d) auf Anmeldung der ganzen Grundschilden nebst Zinsen in einem etwa anhängigen oder anhängig werdenden Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsverfahren

an die Gläubigerin ab.

....."

Bemerkung: Der Teil "Verwendungszweck der Grundschild" und "Persönliche Haftung" der Formulare K 150/151 Pa VI 60 - 6457/6458 I 61 (Schuldkunde über ein langfristiges Darlehn und Antrag auf Eintragung einer Grundschild mit/ohne Zwangsvollstreckungsklausel) entspricht dem abgedruckten Formular. Lediglich hinsichtlich der persönlichen Haftung ist in jenen Formularen noch bestimmt, daß das Kreditinstitut den Sicherungsvertragsschuldner aus der persönlichen Haftung gegebenenfalls auch schon vor Eintragung der Grundschild in Anspruch zu nehmen berechtigt ist.

b) Formular K 44 - FA 58/7747 - III 1961

"Antrag auf Eintragung einer Grundschild ohne Zwangsvollstreckungsklausel ¹⁾

1. Wir / Ich, d... (Grundstückseigentümer), bewillige... und beantrage... für mich / uns und meine / unsere Rechtsnachfolger unter Verzicht auf den Widerruf der Anträge und Bewilligung auf mein... / unsere... im Grundbuch von ... Band ... Blatt ... verzeichnete... Grundstück.. für de... e.G.m...H.²⁾ (Gläubigerin) in ... eine Grundschild von ... DM einzutragen, die jederzeit ohne Kündigung fällig ist. Die Grundschild soll den Rang an bereitester Stelle haben.

2. - 5.

Als nicht in das Grundbuch einzutragen ist vereinbart:

6. Zahlungen, die von mir / uns oder meinen / unseren Rechtsnachfolgern aus irgendeinem Grunde an die Gläubigerin geleistet werden, sollen nicht auf diese Grundschild angerechnet werden, bewirken also keinen Übergang der Grundschild auf den Eigentümer.

7. Für den Eingang des Grundschildbetrages nebst Zinsen und Kosten übernehme... ich / wir auch die persönliche Haftung, aus der mich / uns die Gläubigerin schon vor der Vollstreckung in d... Grundstück... und ggf. auch vor Eintragung der Grundschild in Anspruch zu nehmen berechtigt ist.

8. Hiermit trete... ich / wir alle gegenwärtigen ... Ansprüche ... ab.

(Wortlaut wie im vorigen Formular)

Schlußbestimmungen

9. - 10.

1) Zusätzlich zu diesem Formular ist vom Grundstückseigentümer eine Verwendungszweckerklärung auf Formular K 40 stets dann unterschreiben zu lassen, wenn Grundstückselgentümer und Schuldner nicht ein und dieselbe Person sind, aber auch bei Gleichheit beider Personen ist die Einholung einer Verwendungszweckerklärung ratsam.

2) Genaue Angabe der gerichtlich eingetragenen Firma der Genossenschaft."

Bemerkung: Diese Sicherungszweckerklärung des abgedruckten Formulars stimmt mit der des Formulars K 45 - FA 58 / 8505 - III - 1961 (Antrag auf Eintragung einer Grundschild mit Zwangsvollstreckungsklausel) überein.

6) SPARKASSEN

a) Formular 9250

"Kredit-Vertrag

Die ... (im nachfolgenden SPARKASSE genannt) und ... (im nachfolgenden Kreditnehmer genannt) schließen folgenden Kredit-Vertrag:

1. Die SPARKASSE gewährt dem Kreditnehmer einen Kredit in laufender Rechnung bis zum Höchstbetrage von DM ... - Die Einräumung ist zunächst bis befristet. -

2. - 6.

7. Zur Sicherung aller bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Forderungen der SPARKASSE gegen den Kreditnehmer an Hauptsumme, Zinsen und Kosten aus diesem Kreditvertrag oder aus der sonstigen Geschäftsverbindung mit dem Kreditnehmer, insbesondere aus laufender Rechnung, Wechseln (auch soweit sie von Dritten hereingegeben sind), Abtretung oder gesetzlichem Forderungsübergang - auch für den Fall eines Wechsels des Inhabers oder einer Änderung der Rechtsform der kreditnehmenden Firma - bestell... d... - unterzeichnende... Grundstückseigentümer..... im folgenden Grundstückseigentümer genannt - zu Gunsten der SPARKASSE eine Brief-Buch-Grundschild in Höhe von DM ... nebst ... % Zinsen auf dem im Grundbuch von ... Band ... Blatt ... Nr. ... verzeichneten Grundstück, einzutragen in Abteilung III unter Nr.
Weitere Einzelheiten der Grundschild ergeben sich aus der dem Grundbuchamt anzureichenden besonderen Urkunde.

.....

Für den Fall, daß der Kreditnehmer der SPARKASSE gegenüber ganz oder teilweise an Hauptsumme, Zinsen und Nebenforderungen seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, ist die SPARKASSE, unbeschadet ihrer auf Gesetz, z.B. auf § 1133 BGB, beruhenden Rechte auf Befriedigung, berechtigt, ohne Zustimmung oder sonstige Mitwirkung des Grundstückseigentümers und ohne vorherige Androhung und Einhaltung einer Frist Befriedigung aus der Grundschild zu suchen. Diese Befriedigung kann die SPARKASSE auch durch freihändige Verwertung der Grundschild vornehmen. Ein etwaiger Übererlös ist dem Grundstückseigentümer herauszugeben. Reicht der Erlös zur vollständigen Befriedigung der SPARKASSE nicht aus, bleibt wegen des Fehlbetrages der persönliche Anspruch gegen den Kreditnehmer ausdrücklich bewahrt.

8.

9. Der Kredit kann erst in Anspruch genommen werden, wenn die Bestätigung über die Eintragung der unter Ziffer 7 genannten Grundschild in das Grundbuch der SPARKASSE vorliegt.

10. Alle durch den Abschluß und Vollzug dieses Vertrages entstehenden Kosten trägt der Kreditnehmer. Soweit sie mit der Grundschildbestellung im Zusammenhang stehen, trägt sie der Grundstückseigentümer

11. Ergänzend zu diesem Vertrag gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der SPARKASSE.

....."

b) In den Grundschildbestellungsformularen Nr. 9208/9 (Buch-Brief-Grundschild ohne Unterwerfungsklausel) ist der Passus enthalten:

"Zahlungen an die Gläubigerin erfolgen nicht zur Tilgung der Grundschild, sondern zur Begleichung der durch die Grundschild gesicherten persönlichen Forderung durch die Gläubigerin."

c) In den Grundschildbestellungsformularen Nr. 9206/7 (Buch-Brief-Grundschild mit Unterwerfungsklausel - auch wegen persönlicher Schuld) ist der Passus enthalten:

"Zahlungen an die Gläubigerin erfolgen nicht unmittelbar zur Tilgung der Grundschuld, sondern zur Begleichung der durch die Grundschuld gesicherten persönlichen Forderung der Gläubigerin."

IV. Wortlaut der Formulare über die Abtretung des Rückgewähranspruchs

1) DRESDNER BANK

Formular Allg. 1624/14/5.58

"Verhandelt

Vor dem unterzeichneten Notar im Bezirk des ... erschienen heute:

Ich / Wir bewillige(n) und beantrage(n) unwiderruflich die Eintragung folgender Grundschuld ...

1.
2.
3.
4.

Ich / Wir trete(n) ferner meinen / unseren Anspruch auf Rückübertragung vorgehender Grundschulden oder von Teilen derselben, soweit mir / uns dieser Anspruch gegenwärtig zusteht oder künftig zustehen wird, sowie meinen / unseren Anspruch auf Erteilung einer Löschungsbewilligung oder einer Verzichtserklärung an die DRESDNER BANK Aktiengesellschaft ab. Von dem Entstehen dieser Ansprüche werde(n) ich / wir der DRESDNER BANK Aktiengesellschaft ... unverzüglich Mitteilung machen.

....."

2) Gewerbliche Kreditgenossenschaften (VOLKSBANKEN)

a) Formular Nr. 128/269 I DGV 9.59

"Abtretung des Anspruchs auf Übertragung einer Grundschuld

Im Grundbuch des Amtsgerichts in ... von ... Bd. ... Blatt ... Abt. III lfd. Nr. ... ist zugunsten ... (Grundschuldgläubiger) eine Grundschuld in Höhe von DM ... eingetragen.

Ich / Wir ... (Grundstückseigentümer) trete(n) an ... (Bank) folgende mir / uns in Beziehung auf diese Grundschuld zustehenden Rechte ab, und zwar den Anspruch auf:

1. ganze oder teilweise Rückübertragung der Grundschuld nebst Zinsen,
2. Herausgabe des Grundschuldbriefes oder auf Vorlegung des Briefes zur Bildung eines Teilgrundschuldbriefes,
3. Rechnungslegung aus dem persönlichen Schuldverhältnis, zu dessen Sicherung die Grundschuld bestellt ist,
4. Herausgabe des Erlöses, soweit dieser die schuldrechtliche Forderung des Grundschuldgläubigers im Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsverfahren oder bei freihändigem Verkauf des

Grundstücks und im Falle der Verwertung der Grundschuld durch Verkauf oder Versteigerung übersteigt.

Ich / Wir verpflichte(n) mich / uns, eine etwa künftig entstehende Eigentümergrundschuld an die Bank abzutreten. Soweit die obenbezeichnete Grundschuld auf mich / uns übergegangen ist, trete(n) ich / wir diese Eigentümergrundschuld an die Bank ab. Ferner trete(n) ich / wir ab den Anspruch auf Herausgabe des Grundschuldbriefes oder auf Abgabe der Erklärungen, die für die Umschreibungen der Grundschuld im Grundbuch auf mich / uns oder die Bank erforderlich sind.

Ich / Wir habe(n) mit dem Gläubiger vereinbart, daß Zahlungen, die von mir / uns aus irgendeinem Grunde an den Gläubiger geleistet werden, auf die dem Gläubiger zustehenden persönlichen Forderungen, nicht aber auf die Grundschuld geleistet und angerechnet werden.

Die Bank wird von mir / uns ermächtigt, den obengenannten Grundschuldgläubiger von der erfolgten Abtretung in Kenntnis zu setzen.

....."

b) Formular Nr. 128/266 DGV 4.60

"Bestellung einer Briefgrundschuld (ohne Vollstreckungsklausel)

Ich / Wir ... bin / sind Eigentümer des / der im Grundbuch des Amtsgerichts ... von ... Bd. ... Bl. ... Best.Verz.lfd.Nr.... eingetragenen Grundstücks / Grundstücke.

Ich / Wir bewillige(n) und beantrage(n) auf dem / den bezeichneten Grundstück(en) für die ... (Gläubigerin) eine Grundschuld im Betrage von DM einzutragen.

Den Anspruch auf Übertragung der im Grundbuch von ... Bd.... Bl. ... Abt. III lfd. Nr. ... eingetragenen Grundschuld(en), auch soweit dieser Anspruch bedingt ist oder erst künftig entsteht, trete(n) ich / wir hiermit an die Gläubigerin ab. Ich / Wir übergebe(n) der Gläubigerin Abtretungsanzeige(n), die sie jederzeit den Grundschuldgläubigern übersenden kann. Die Gläubigerin ist berechtigt, die Grundschuld(en) löschen zu lassen; ich / wir erteile(n) hierzu schon jetzt meine / unsere Zustimmung.

Die Grundschuld und die durch Ausübung des Übertragungsanspruchs auf die Gläubigerin übergegangene(n) Grundschuld(en) dient / dienen zur Sicherung aller gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung, insbesondere aus laufender Rechnung, Darlehn, Wechseln, Abtretung oder Bürgschaft, welche die Gläubigerin gegen ... erworben hat oder noch erwerben wird. Ich / Wir habe(n) mit der Gläubigerin vereinbart, daß Zahlungen, die von mir / uns aus irgendeinem Grunde an die Gläubigerin geleistet werden; auf die der Gläubigerin zustehenden persönlichen Forderungen, nicht aber auf die Grundschuld(en) geleistet und angerechnet werden.

....."

Lebenslauf

Am 21. März 1933 wurde ich als Sohn des Diplom-Volkswirtes und Diplom-Kaufmannes Dr. rer. pol. Heinrich Seckelmann und seiner Ehefrau Hilde, geborene Pfeiffer, in Hamm/Westf. geboren.

Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Am 12. Februar 1954 legte ich die Reifeprüfung am Staatlichen altsprachlichen Gymnasium zu Hamm/Westf. ab. Vom Sommersemester 1954 an studierte ich acht Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten Freiburg/Breisgau (drei Semester) und Münster (fünf Semester). Im Wintersemester 1954/55 und im Sommersemester 1955 studierte ich an der Universität Freiburg gleichzeitig noch Volkswirtschaftslehre.

Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 20. Juni 1958 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm/Westf.

Seit dem 30. Juli 1958 bin ich als Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst tätig.

